

**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

**E.A.P. DE DERECHO**

**Factores preponderantes en la determinación de la  
pena privativa de libertad en el Distrito Judicial de  
Lima**

**TESIS**

**Para optar el Título Profesional de Abogado**

**AUTOR**

**Iván Guadalupe Orosco**

**ASESOR**

**Alexei Dante Sáenz Torres**

**Lima - Perú**

**2011**

## DEDICATORIA

A mi familia, con cariño y agradecimiento especial.

A la memoria de mi padre, Humberto.

## AGRADECIMIENTOS

En este itinerario de búsqueda de *nuevos conocimientos*, por más elemental sea ello, se requiere más que de un esfuerzo y voluntad del investigador la afluencia de otros factores, como la participación de personas y de instituciones, ya sea o no de carácter académica.

Por lo tanto, quiero agradecer a todas las personas, quienes de una u otra forma, han contribuido con el desarrollo de esta investigación. En ese sentido, mi agradecimiento va dirigido a todos aquellos maestros sanmarquinos que incondicionalmente se dedican a contribuir y formar *mentes investigadoras* y, en especial, a mi asesor Dr. Alexei Dante Saenz Torres por todas las asesorías que ha tenido a bien realizar así como por sus enseñanzas continuas y siempre novedosas con los diversos cursos de Derecho penal.

En igual sentido, quiero manifestar mi agradecimiento profunda y eterna a la Residencia Universitaria de esta mi Alma Mater, por el apoyo brindado en mi condición de becario, igualmente sin este soporte no hubiese terminado mis estudios de pregrado de modo satisfactoria.

I.G.O.

## ÍNDICE

Carátula	
Dedicatoria .....	i
Agradecimiento .....	ii
Índice.....	iii

INTRODUCCIÓN .....	1
--------------------	---

### CAPÍTULO I

#### CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

1.1 Título .....	4
1.2 Justificación de la investigación .....	4
1.3 Planteamiento del problema .....	5
1.3.1 Definición del problema .....	5
1.3.2 Formulación del problema .....	5
1.4 Evaluación del problema .....	5
1.5 Formulación de objetivos.....	6
1.5.1 Objetivo general .....	6
1.5.2 Objetivos específicos.....	6
1.6 Limitaciones y ámbito de la investigación.....	7
1.7 Hipótesis y variables .....	7
1.7.1 Hipótesis.....	7
1.7.2. Variables .....	8
1.7.1.1 Variables independientes .....	8
1.7.1.2 Variables dependientes .....	9
1.8 Metodología aplicable.....	10
1.8.1 Métodos empleados .....	10
1.8.2 Tipo y nivel de investigación.....	10
1.8.3 Diseño de investigación.....	10
1.8.4 Universo y población .....	10

1.8.5	Muestra .....	10
1.8.6	Escala.....	11
1.8.7	Técnicas e instrumentos de recolección de datos .....	11
1.8.8	Procedimientos de recolección de datos .....	11
1.9	Aspecto administrativo .....	12
1.9.1	Presupuesto o costo del proyecto .....	12
1.9.2	Tiempo .....	12
1.9.3	Profesor asesor .....	12

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

2.1	Antecedentes .....	13
2.2	Conceptos básicos .....	13
2.2.1	Generalidades .....	13
2.2.2	Antecedentes históricos sobre la concepción de la pena .....	13
2.2.2.1	El caso peruano.....	15
2.2.2.2	El caso occidental.....	19
	A) Breve percepción de la historia del castigo .....	19
	B) Breve historia del encierro y la cárcel.....	21
	C) Razonamiento del castigo en su historia.....	25
	D) Críticas a los modos de castigo .....	28
2.2.3	El castigo propiamente .....	32
2.2.3.1	Concepto .....	32
2.2.3.2	Tipos de castigo .....	33
	A) Castigos socioeconómicos.....	33
	B) Castigos físicos .....	33
	C) La humillación pública.....	34
2.2.3.3	Posibles razones para el uso del castigo .....	34
	A) Disuasión .....	34
	B) Restauración .....	35

C) Recompensa.....	35
2.3 Aspecto político criminal de la pena .....	35
2.4 La pena desde la perspectiva sociológica .....	40
2.5 La percepción del derecho penal y la pena.....	45
2.6 Fundamentos de la pena desde la teoría del delito.....	48
2.7 Definiciones y fundamentos de la pena en general.....	54
2.8 Alcances sobre los fines de la pena .....	61
2.9 La pena privativa de libertad .....	64
2.10 Determinación de la pena .....	65
2.10.1 Alcances sobre la determinación de la pena y concepto.....	65
2.10.2 Alcances de los sistemas de determinación de la pena .....	71
2.10.3 Etapas de la determinación de la pena .....	73
2.10.3.1 Determinación legal.....	74
2.10.3.2 Determinación judicial .....	75
2.10.3.3 Determinación penitenciaria .....	76
2.10.4 Procedimientos o fases en la individualización judicial .....	76
2.10.4.1 Determinación cualitativa .....	77
2.10.4.2 Determinación cuantitativa .....	78
2.11 Criterios de determinación de la pena privativa de libertad en el sistema legal peruana.....	80
2.11.1 Alcances generales.....	80
2.11.2 Instrumentos normativos en la individualización de la pena .....	83
2.11.3 Criterios de individualización con la concurrencia de las circunstancias .....	84
2.11.3.1 Las circunstancias según su naturaleza.....	85
A) Circunstancias genéricas o comunes [o fundamentadoras].....	85
B) Las circunstancias especiales o específicas.....	86
C) circunstancias elementos típicos accidentales .....	88
2.11.3.2 Las circunstancias según su eficacia .....	88
A) Circunstancias atenuantes .....	88

B) Circunstancias agravantes .....	89
C) Circunstancias mixtas .....	90
2.11.3.3 En relación de circunstancia con la pena conminada.....	90
A) Circunstancias cualificadas.....	91
B) Circunstancias privilegiadas.....	91
2.11.4 Alcances de otros criterios especiales de individualización judicial de la pena en delitos específicos .....	91
2.11.4.1 A nivel de sistema penal vigente .....	92
A) En el concurso de delitos .....	92
a) Alcances generales .....	92
b) Los criterios de individualización de la pena en el concurso de delitos .....	92
B) En el delito continuado y delito masa.....	93
C) La confesión sincera .....	94
a) Percepción general de la confesión sincera.....	94
b) Criterios de individualización de la pena con la circunstancia de confesión sincera y terminación especial de los procesos penales .....	95
i) En la conclusión anticipada del proceso .....	95
ii) En la conclusión abreviada del proceso .....	97
D) En la colaboración eficaz .....	97
2.11.4.2 Alcances sobre la individualización judicial de la pena en el Anteproyecto del código penal de 2009.....	98
2.11.5 Principio de prohibición de doble valoración .....	102
2.12 Comentarios a los artículos 45, 46, 46-A, 46-B y 46-C del Código Penal.....	103
2.12.1 Los criterios de los artículos 45 y 46 .....	103
2.12.2 La fundamentación y la determinación de la pena en sentido amplio del artículo 45 .....	105
2.12.3 La determinación en sentido estricto y el artículo 46.....	108
2.12.4 Una agravante genérica: el artículo 46-A .....	114

2.12.5	Las pautas de individualización en otras disposiciones .....	115
2.13	Legislación comparada sobre criterios para determinar la pena.....	116
2.13.1	En España.....	116
2.13.2	En Alemania.....	120
2.13.3	En Francia.....	121
2.13.4	En México .....	122
2.13.5	En Costa Rica .....	123
2.13.6	En Argentina .....	124

### CAPÍTULO III

#### MARCO EMPÍRICO

3.1	Recolección y obtención de información a través de encuestas.....	126
3.1.1	Obtención a través de encuesta a abogados .....	127
3.1.1.1	Resultados de la encuesta semiabierta de abogados .....	127
3.1.1.2	Comentario al resultado de las encuestas obtenidas de los abogados .....	138
3.1.2	Obtención a través de encuesta a especialistas, secretarios y/o auxiliares de juzgados penales.....	141
3.1.2.1	Resultados de la encuesta semiabierta de secretarios o auxiliares de juzgados sumarios.....	141
3.1.2.2	Comentario al resultado de las encuestas obtenidas de secretarios o auxiliares de juzgados sumarios .....	152
3.1.2.3	Resultados de la encuesta de secretarios o auxiliares de juzgados ordinarios.....	155
3.1.2.4	Comentario al resultado de las encuestas obtenidas de secretarios o auxiliares de juzgados ordinarios .....	166
3.1.3	Obtención a través de encuesta a jueces penales .....	169
3.1.3.1	Resultados de la encuesta de jueces penales sumarios .....	169
3.1.3.2	Comentario al resultado de las encuestas obtenidas de jueces penales sumarios .....	188



3.1.3.3	Resultados de la encuesta de jueces penales ordinarios .....	194
3.1.3.4	Comentario al resultado de las encuestas obtenidas de jueces penales ordinarios .....	213
3.2	Descripción y comentario del estudio de casos .....	217
3.2.1	De las sentencias emitidas en los procesos penales sumarios.....	217
3.2.1.1	Resultado de las sentencias emitidas en los procesos sumarios a base de medición de indicadores .....	217
3.2.1.2	Comentario y análisis del resultado de las sentencias emitidas en los procesos sumarios.....	221
3.2.2	De las sentencias emitidas en los procesos penales ordinarios.....	226
3.2.2.1	Resultado de las sentencias emitidas en los procesos ordinarios a base de medición de indicadores .....	226
3.2.2.2	Comentario y análisis del resultado de las sentencias emitidas en los procesos ordinarios.....	230

## CAPÍTULO IV

### PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

4.1	Análisis y contrastación empírica de las hipótesis y variables (trabajo operacional) .....	235
4.1.1	Contrastación con los datos obtenidos a través del instrumento encuesta.....	235
4.1.1.1	Contrastación con los datos obtenidos a través de las encuestas dirigidas a los jueces penales, auxiliares o secretarios judiciales y jueces penales.....	235
A)	Universos .....	235
a)	Jueces penales .....	
b)	Secretarios judiciales .....	
c)	Abogados litigantes .....	
B)	Muestras .....	235
a)	Jueces penales .....	

b) Secretarios judiciales .....	
c) abogados litigantes .....	
4.1.1.2 Contrastes con resultados de encuestas .....	236
A) Primer contraste 1 .....	236
a) Hipótesis de trabajo 1 .....	
b) Cuadro 1 .....	
c) Interpretación de resultado 1 .....	
B) Segundo contraste .....	238
a) Hipótesis de trabajo 2 .....	
b) Cuadro 2 .....	
c) Interpretación de resultado 2 .....	
C) Tercer contraste .....	241
a) Hipótesis de trabajo 3 .....	
b) Cuadro 3 .....	
c) Interpretación de resultado 3 .....	
4.1.2 Contrastación con los datos obtenidos en el estudio de las sentencias penales .....	243
4.1.2.1 Contrastación con los datos obtenidos de las sentencias condenatorias de procesos sumarios y ordinarios .....	243
A) Universos .....	243
a) Sentencias de procesos sumarios .....	
b) Sentencias de procesos ordinarios .....	
B) Muestras .....	243
a) Sentencias de procesos sumarios .....	
b) Sentencias de procesos ordinarios .....	
4.1.2.2 Contrastes con resultados de las sentencias .....	243
A) Cuarto contraste .....	243
a) Hipótesis de trabajo 4 .....	
b) Cuadro 4 .....	
c) Interpretación de resultado 4 .....	
B) Quinto contraste .....	245

a) Hipótesis de trabajo 5.....	
b) Cuadro 5 .....	
c) Interpretación de resultado 5.....	
C) Sexto contraste .....	247
a) Hipótesis de trabajo 6.....	
b) Cuadro 6 .....	
c) Interpretación de resultado 6.....	
D) Séptimo contraste .....	249
a) Hipótesis de trabajo 7.....	
b) Cuadro 7 .....	
c) Interpretación de resultado 7.....	
E) Octavo contraste .....	251
a) Hipótesis de trabajo 8.....	
b) Cuadro 8 .....	
c) Interpretación de resultado 8.....	
F) Noveno contraste .....	252
a) Hipótesis de trabajo 9.....	
b) Cuadro 9 .....	
c) Interpretación de resultado 9.....	
G) Décimo contraste.....	254
a) Hipótesis de trabajo 10	
b) Cuadro 10	
c) Interpretación de resultado 10	
H) Undécimo contraste .....	256
a) Hipótesis de trabajo 11.....	
b) Cuadro 11 .....	
c) Interpretación de resultado 11 .....	
4.2 Diseño de comprobación de las hipótesis de la investigación .....	257
4.2.1 Primera hipótesis.....	258
4.2.1.1 Variables de estudio .....	258
A) Variables independientes .....	

B) Variables dependientes.....	
4.2.1.2 Sumario .....	262
4.2.2 Segunda hipótesis.....	262
4.2.2.1 Variables de estudio .....	262
A) Variables independientes .....	
B) Variables dependientes.....	
4.2.2.2 Sumario .....	265
4.2.3 Tercera hipótesis.....	265
4.2.3.1 Variables de estudio .....	265
A) Variables independientes .....	
B) Variables dependientes.....	
4.2.3.2 Sumario .....	267

## CAPÍTULO V

### CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA DE LEGE FERENDA

5.1 Conclusiones .....	269
5.2 Recomendaciones .....	272
5.3 Propuesta de lege ferenda.....	274
 Bibliografía .....	 276
Anexos .....	287
Anexo1. Modelo de encuestas .....	288
Anexo 2. Modelo de sentencias usadas en el estudio.....	303

# “FACTORES PREPONDERANTES EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA”

## INTRODUCCIÓN

A través del estudio de los “*Factores preponderantes en la determinación de la pena privativa de libertad en el Distrito Judicial de Lima*”, se pretende analizar la actuación judicial al momento de la graduación o fijación de la pena, luego de la valoración de los hechos y las pruebas. En tal sentido, uno de los *objetivos específicos* y de mayor importancia de este trabajo es que en algunas sentencias condenatorias, así en el resultado de las encuestas realizadas a los jueces penales, se pueda establecer metódicamente cuáles son los criterios que se consideran para determinar la pena y –sobre la base de ellos- formular recomendaciones para que el juez penal las tome en cuenta, además de hallar aquellos criterios de justificación o explicación que ofrecería el juzgador para el cumplimiento de la pena y la búsqueda de sus fines, los cuales hasta ahora son parte de la problemática de la investigación.

Una de las dificultades mayores de la práctica diaria judicial reside en la aplicación de la pena y su estudio es tan antiguo como el establecimiento de reglas y normas de observación por parte de un grupo de personas y la comunidad en general. Por tal motivo, la aplicación de los castigos siempre se ha justificado por parte de quienes detentan el poder. Así, la pena aparece histórica y ónticamente como aquel castigo que refleja en innumerables culturas las concepciones subjetivas y religiosas, pues entrañaban muchas veces la purificación del alma o del espíritu, desde aquí en la tierra y en la otra vida. Estas acciones fueron el resultado de la imposición y de la necesidad de aquellos días, pero dada la crueldad con las que se ejercían fueron dejados de lado. Hoy se afirma que la pena no tiene justificación, ya que –en todo caso- “es un mal necesario” en la que los seres humanos estamos sometidos, a través de un pacto o convenio, a fin de lograr la paz, la convivencia y la supervivencia de la especie. Por ello, se trata de aplicar la pena a partir de criterios más humanos, es decir, de respeto a la dignidad, sin tratos crueles y

torturas, debido a que el castigo es un fenómeno prejurídico, por tanto, está en la naturaleza del hombre su explicación.

La articulación de los criterios establecidos en la ley para la determinación y aplicación de la pena en la práctica implica serias dificultades porque -al momento de la motivación o sustentación de las sentencias condenatorias- no se explica a través de un razonamiento lógico la graduación en cuanto a la fijación de la pena, lo que origina cuestionamientos a la calidad de la fundamentación de las sentencias. Si añadimos a lo anterior la cuantía de la carga procesal, la práctica judicial no es tanto una actividad racional sino una acción mecánica o pragmática, en donde el caos y la selección natural de los casos o procesos penales prosiguen o se extinguen. Este escenario plantea un problema de tipo cuantitativo y cualitativo, en el que las hipótesis o afirmaciones adelantadas -que serán después contrastadas en esta investigación- en cuanto a la conducta del condenado son las que en buena cuenta devienen en la aplicación de la pena sobre la base de los criterios establecidos en la ley. Por ende, no existe una *fundamentación* debida en las sentencias condenatorias, pues no se establecen los factores reales y concretos a quien se le impone una pena. En último análisis, solo se basan en la cantidad del mínimo o máximo de la pena establecida en cada tipo penal y al criterio de conciencia del juzgador, pero en realidad no se conoce cómo se establece esta cuantificación y, por tanto, no existe una medición uniforme en cuanto a la dación de pena. Todos estos aspectos serán analizados de manera experimental.

En la presente investigación se ha empleado la metodología *jurídico-social*, sobre todo la metodología del análisis y síntesis; habiéndose recurrido también a la metodología aplicada en la estadística, ya que además del estudio teórico y del trabajo experimental o de campo, se ha realizado un estudio a través de encuestas y de la revisión de las sentencias condenatorias de los procesos penales sumarios y ordinarios. Luego de la obtención del resultado de las encuestas y del análisis de las sentencias condenatorias, y con la debida contrastación con las hipótesis, en gran medida se ha llegado a establecer que no existe una debida motivación en la fijación de las penas y que los jueces

penales sólo se basan en la aplicación normativa; por tanto, no se puede hablar de la aplicación o de la determinación de la pena privativa de libertad en sentido estricto y a conciencia, que tenga que ver con un grado de razonabilidad lógica, mucho menos que sirva de aporte para la jurisprudencia, que nos revela un problema que se tiene que solucionar.

A partir de procesos de análisis y síntesis se ha empleado la metodología *jurídico-social*. Asimismo, se ha recurrido a las herramientas que la estadística proporciona, ya que el trabajo de campo tiene un soporte en las encuestas y en la revisión de las sentencias condenatorias de los procesos penales sumarios y ordinarios. Aunado a ello, la contratación de las hipótesis posibilitó -en gran medida- llegar a establecer que no existe una debida motivación en la fijación de las penas y que los jueces penales solo se basan en la aplicación normativa; por tanto, no se puede hablar de la aplicación o de la determinación de la pena privativa de libertad en sentido estricto y en relación con un grado de razonabilidad lógica, mucho menos de que sirva de aporte para la jurisprudencia, la cual revela un problema con solución pendiente.

Esta tarea no se restringe a los operadores de justicia, sino que incluye ámbitos más allá de la esfera jurisdiccional. Por ejemplo, su origen radica en la educación o formación profesional en las universidades -sobre todo en las facultades de derecho a nivel nacional-, así como en la estructura administrativa de la justicia, factor que incide en la problemática. En una dimensión con seguridad menor, la de las tesis universitarias, se presenta esta investigación con la pretensión de servir de base para sucesivos estudios científicos y técnicos de la problemática judicial.

# **CAPÍTULO I**

## **CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS**

### **1.1 Título**

Factores preponderantes en la determinación de la pena privativa de libertad en el Distrito Judicial de Lima.

### **1.2. Justificación de la investigación**

Hoy se hace necesaria la revisión y el estudio operacional de las decisiones o resoluciones judiciales emitidas por los jueces penales respecto de la determinación de la pena privativa de libertad, en salvaguarda de la garantía y seguridad jurídica. En tal sentido, la importancia de la individualización de la pena en concreto radica en que se haya realizado bajo los principios o parámetros del marco legal penal; pero actualmente, sobre todo en la doctrina nacional se viene cuestionando de cómo se está aplicando y considerando los criterios y los factores establecidos en la Ley penal al momento de cuantificar la pena (circunstancias o factores establecidos en los artículos 45 y 46 del Código penal).

En ese sentido, nuestra labor se abocará en el estudio casuística a fin de establecer cuáles son las incidencias o factores preponderantes en aquellos casos en donde a partir de los criterios establecidos en la ley se impuso una pena, así como su observancia de algún otro criterio, reglas de tasación o si tal vez son otros los factores en que el juez penal valora y considera para determinar la pena. Además, resulta relevante observar si estos criterios o circunstancias consideradas en el caso fueron debidamente motivados.



### **1.3 Planteamiento del problema**

#### **1.3.1 Definición del problema**

- Existe deficiencia, por parte de los jueces penales, en la consideración y valoración de los criterios o circunstancias establecidas en la ley penal (artículos 45, 46, 46-A, 46-B y 46-C del Código Penal) en las sentencias condenatorias de los juzgados penales de Lima, al momento de determinar el quantum de la pena privativa de libertad.

#### **1.3.2. Formulación del problema**

- 1.3.2.1 ¿Cuáles son los factores o circunstancias que preponderantemente son tomados en cuenta para la determinación judicial de la pena en las sentencias condenatorias recaídas en los procesos sumarios y ordinarios tramitados en el Distrito Judicial de Lima?
- 1.3.2.2 ¿Cuál es el nivel de fundamentación respecto de las circunstancias o factores considerados en la determinación de la pena en las sentencias condenatorias?
- 1.3.2.3 ¿Cuál es el criterio preponderante que se utiliza para establecer la cantidad o medición de la pena al momento de graduar la pena?

### **1.4 Evaluación del problema**

Las tres preguntas formuladas en el problema se basan en la determinación de la pena por los criterios establecidos en los artículos 45, 46, 46-A, 46-B y 46-C del Código Penal que el juzgador -al momento de fundamentar y determinar la pena- deberá tener en cuenta; sin

embargo, debe observarse la aplicación real de estos criterios. Por otra parte, si ante la existencia de cambios en las relaciones sociales y la aparición de nuevos tipos criminales, ha de advertirse si se aplican los mismos criterios establecidos o responden a otros elementos o factores que preponderantemente se vienen aplicando para la decisión final del juzgador, respecto de los procesos tramitados en el Distrito Judicial de Lima. De ser este el caso, ha de analizarse de qué manera se viene fundamentando las sentencias condenatorias, caso contrario, ha de advertirse si no existe una debida motivación en tales sentencias.

## **1.5 Formulación de objetivos**

### **1.5.1 Objetivo general**

- Establecer ciertos *factores generales* en la determinación de la pena, donde se precise los criterios que preponderantemente se vienen aplicando en las sentencias condenatorias en los procesos sumarios y ordinarios tramitados en el Distrito Judicial de Lima, y de alguna forma establecer *uniformidad* en las decisiones judiciales, para que sirva de guía a los jueces en su fundamentación.

### **1.5.2 Objetivos específicos**

- Encontrar en aquellas sentencias cuáles son los criterios que tomó en cuenta el juez penal para determinar la pena, y sobre la base de ellos formular recomendaciones para que en la posterioridad el juez penal las considere.
- Determinar en qué medida los jueces penales vienen aplicando y fundamentando los factores establecidos en la ley penal al momento de individualizar la pena en concreto.
- Encontrar, además de los criterios establecidos en la ley, qué otros criterios se aplican y cómo se fundamentan debido a los últimos cambios en la sociedad.

- Establecer si existe la necesidad de implementar nuevos mecanismos de trabajo de carácter técnico-jurídico que sirva de guía o modelo a los jueces penales en la individualización judicial de la pena.

## 1.6 Limitaciones y ámbito de la investigación

La investigación se enmarca en el área del Distrito Judicial de Lima. En términos cuantitativos, el número de casos reales revisados es una restricción, pues -debido al tiempo y las limitaciones humanas y económicas- solo fueron observadas las resoluciones o jurisprudencias que han generado impacto. El estudio comprende las sentencias emitidas durante los años 2004-2005 en los procesos penales sumarios y ordinarios.

## 1.7. Hipótesis y variables

### 1.7.1 Hipótesis

Las hipótesis que se han considerado son las siguientes:

H1. Preponderantemente se viene aplicando la pena sobre la base de los criterios establecidos en los artículos 45, 46, 46-A, 46-B y 46-C del Código Penal de un modo general; mas no existen consideración completa de las circunstancias fácticas o personales en las sentencias condenatorias; en *cuanto a la conducta del condenado*, son pocos los casos en donde se observan las condiciones socioeconómicas o de riesgo social, por ejemplo de los sujetos de las zonas rurales.

H2. No existe una *fundamentación* debida en las sentencias condenatorias respecto de la determinación de la pena, debido a que los jueces penales *solo se refieren a la norma* sin establecer la valoración o ponderación real y concreta de los factores a quien se le impone la pena.

H3. No existe el criterio de una técnica jurídica preponderante para establecer o medir la cantidad de la pena en las sentencias condenatorias al momento de graduar la pena. También se desconoce cómo se establece esta medición, debido a que los jueces penales solo se basan en la cantidad del *mínimo y máximo* de la pena establecida en cada tipo penal, además de no existir la *motivación debida* del *porqué* se le impone una determinada cantidad de pena.

#### 1.7.2 Variables

Las variables que se han considerado son las siguientes:

##### 1.7.2.1 Variables independientes:

Sobre la base de la hipótesis H1, se tiene:

- A) Nivel de aplicación preponderante de los dispositivos normativos y criterios generales establecidos en los artículos 45, 46, 46-A, 46-B y 46-C del Código Penal (los indicadores serán los criterios señalados en estos artículos).

Sobre la base de la hipótesis H2, se tiene:

- B) Nivel de valoración o ponderación de los factores fáctico o personal considerado en el caso, establecidos en los artículos 45 y 46 del CP u otros, al momento de determinar la pena en concreto en las sentencias condenatorias.

Sobre la base de la hipótesis H3, se tiene:

- C) Número de casos que consideran “la *cantidad del mínimo y máximo* de la pena establecida en cada tipo penal”.
- D) Número de casos que emplean la *motivación debida* del *porqué* se le impone una determinada cantidad de pena.

### 1.7.2.2 Variables dependientes

Sobre la base de la hipótesis H1, se tiene:

- A) Nivel de consideración de las circunstancias fácticas referidas al hecho (tiempo, lugar, modo, ocasión, etc.) y de circunstancias o aspectos personales del autor (nivel de instrucción, condiciones personales, situación económica o social, cultura y costumbres, etc.), establecidas en los artículos 45 y 46 del CP para determinar la pena privativa de libertad *en las sentencias condenatorias*.
- B) Nivel de observación de la *conducta típica* en relación con su condición socioeconómica, riesgo social y situación legal (antecedentes penales, reincidencia, habitualidad, etc.).
- C) *Factores preponderantes* no establecidos en los artículos 45, 46, 46-A, 46-B y 46-C del CP para la determinación judicial de la pena privativa de libertad *en las sentencias condenatorias* (nuevas circunstancias, por ejemplo, *discrecionalidad o criterio del juez penal*).

Sobre la base de la hipótesis H2, se tiene:

- D) Número de casos con la fundamentación debida en la consideración de las circunstancias o factores fácticos o personales en la determinación de la pena privativa de libertad en las sentencias condenatorias.

Sobre la base de la hipótesis H3, se tiene:

- E) Número de casos donde se emplea criterios de una técnica jurídica para establecer o medir la cantidad de la pena, al momento de graduarla, en las sentencias condenatorias de pena privativa de libertad.

## **1.8 Metodología aplicable**

### **1.8.1 Métodos a emplear**

Se ha utilizado métodos teóricos o conceptuales, entre ellos el método científico aplicado a las ciencias sociales, el método deductivo e inductivo, el método de análisis y síntesis, además del jurídico social. Asimismo, la investigación ha recibido el concurso de métodos empíricos proporcionados por la ciencia estadística.

### **1.8.2 Tipo y nivel de investigación**

Se trata de una investigación *tecnológica o científica aplicada* o práctica, pues se orienta al estudio y análisis de hechos fácticos, observables directamente, es decir las variables e indicadores son contrastables y medibles con la realidad. Asimismo, este estudio es de nivel descriptivo-explicativo, ya que señala las causas o determinaciones y pretende entender el fenómeno jurídico-social a través de la relación de variables que dan a conocer las particularidades y características de las categorías jurídicas vinculadas al tema.

### **1.8.3 Diseño de investigación**

Los diseños principales de investigación son el descriptivo y explicativo.

### **1.8.4 Universo y población**

La población del estudio es homogénea (respecto de la emisión de las sentencias condenatorias por los jueces penales sumarios) y de tipo universal, porque se trata de abarcar a todos los juzgados penales sumarios del Distrito Judicial de Lima.

### **1.8.5 Muestra**

La muestra está conformada por las sentencias condenatorias, las que serán utilizadas con carácter objetivo, cuantitativo y cualitativo, además de los jueces penales representativos.

#### 1.8.6 Escala

Se ha utilizado una escala cuantitativa y cualitativa, además de ser de tipo nominal porque se basa -sobre todo- en conocer qué factores se consideran para la determinación de la pena, y analiza a los grupos de manera objetiva. Asimismo, la investigación es de tipo ordinal, ya que busca conocer el nivel de motivación de los factores al momento de individualizar la pena en concreto.

#### 1.8.7 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

A partir de la elaboración de fichas bibliográficas, fichas de citas, fichas de casos, se analizó con sumo cuidado la recopilación documental de las sentencias condenatorias. Asimismo, se diseñó y aplicó una encuesta a los jueces penales, luego de solicitar los respectivos permisos.

#### 1.8.8 Procedimientos de recolección de datos

Después de restringir el área problemática de la investigación, se obtuvo un diagnóstico del mismo. Para tal propósito, se ha recurrido a los métodos de investigación jurídico-social, los cuales incluyen:

- Estudio teórico sobre la pena y los fines de la misma.
- Estudio teórico de la determinación e individualización de la pena
- Estudio de las sentencias condenatorias.
- Los datos estadísticos obtenidos a través de las sentencias condenatorias de los juzgados penales sumarios y ordinarios del Distrito Judicial de Lima.
- Los datos estadísticos obtenidos de las encuestas.
- Determinación de los factores preponderantes previstos y no previstos en la ley para la determinación de la pena.

## **1.9 Aspecto administrativo**

### **1.9.1 Presupuesto o costo del proyecto**

El costo autofinanciado del proyecto se ha estimado en S/. 5000.00 nuevos soles.

### **1.9.2 Tiempo**

Comprende un periodo de 30 meses, el cual transcurrió desde septiembre de 2008 hasta junio de 2011.

### **1.9.3 Profesor asesor**

La investigación ha contado con el invaluable apoyo del doctor Alexei Dante Saenz Torres.



## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1 Antecedentes**

Existe un amplio número de publicaciones -que incluye textos y artículos- sobre la pena dentro de la estructura de la teoría del delito, así como estudios filosóficos de la misma; sin embargo, no se ha hallado antecedentes específicos del tema de la presente investigación.

#### **2.2 Conceptos generales**

##### **2.2.1 Generalidades**

La problemática con relación al castigo y la pena es tan antigua como la evolución del hombre en la conformación de sociedades y, por ello, resulta necesario realizar precisiones sobre los términos que se utilizan, a fin de evitar vaguedades en la exposición. Así, con el concurso de la metodología jurídica social, se analizará y contrastará las hipótesis de trabajo, pues sería erróneo establecer conclusiones a priori fuera de un contexto metodológico fáctico, ya que la pretensión es conocer la realidad de la práctica jurídica, en cuanto a los criterios o factores que son tomados en cuenta por los jueces penales para la determinación, fundamentalmente, de la pena privativa de la libertad, es decir, considerar la actuación judicial, antes que dar ideas fundamentales a partir de algún marco teórico, sino que el mismo servirá de base al hecho o fenómeno que se investiga.

##### **2.2.2 Antecedentes históricos sobre la concepción de la pena**

Los antecedentes de la pena aparecen ligados con el *castigo* en la antigüedad, ya que el hombre ha experimentado, por un hecho natural, al entrar en contacto con la naturaleza, el dolor o el sufrimiento en su afán de supervivencia frente a

otras especies. Más adelante, ante la formación de grupos, surgieron los conflictos debido a la búsqueda de *posiciones* y por la *escasez de recursos*<sup>1</sup>, así como por el esfuerzo humano de tratar de instaurar la paz y el orden; entonces, en todo ese contexto, el castigo aparece como una categoría *metajurídica*. Así, el castigo no nace como un concepto jurídico, sino que es una cuestión ontológica y connatural al hombre, en el sentido de su evolución, adaptación y aprendizaje desde el momento que incide de manera inconsciente y consciente en su conducta.

Tal apreciación no solo es biológica, sino también incluye el aspecto psicológico, al decir que “lo único que enseña el castigo es ha suprimir una conducta o una respuesta”<sup>2</sup>. A partir de ello, se trata de explicar que a través del castigo no se genera nuevas conductas, pero “si queremos que alguien aprenda una conducta adecuada, o conveniente, hemos de enseñarle ‘esa’ conducta; no es suficiente con castigarle por haber realizado otra distinta”<sup>3</sup>, es decir, el castigo incide en las conductas humanas de manera negativa, por ser supresora de otras conductas no aceptadas socialmente, aunque, consecuentemente, necesitan de otros modelos para llegar a un aprendizaje positivo y adquirir estos patrones. No obstante, en muchos casos, esos patrones se limitan a la represión y no a la generación de modelos de conducta positiva, a través de mecanismos adecuados como puede ser la enseñanza de algunos aspectos pedagógicos (valores, principios, respeto, etc.). Por tanto, parece ser que el castigo solo se limita a causar miedo y ansiedad, a causa de la práctica en algunos casos denigrantes, los cuales fueron dejados de lado de manera paulatina, toda vez que su tratamiento ha ido evolucionando según la concepción de los seres humanos.

---

<sup>1</sup> ASOCIACIÓN PERUANA DE ESTUDIOS DE INVESTIGACIONES PARA LA PAZ APEP. “*Siete ensayos sobre la violencia en el Perú*”. FUNDACIÓN FRIEDRICH EBERT, Editores Felipe Mc Gregor, S. J. y José Luis Rouillon, S. J. Lima, Perú. Capítulo I, Esquema para un trabajo de investigación sobre el conflicto en la sociedad peruana, Alejandro San Martín – Grupo de Estudios para el Desarrollo. GREDES, quien citando a Coser señala que el conflicto se caracteriza por ser “... la lucha o reclamo por obtener valores, *status*, poder o recursos en los cuales los objetivos de las partes son neutralizar, herir o eliminar a sus rivales” (ver p. 21), y respecto al desarrollo del tema del conflicto, ver pp. 22 y ss.

<sup>2</sup> PÉREZ MARTÍNEZ, María T. *Mecanismo de la conducta. Percepción, pensamiento, acción*. España, una colección de ediciones Iberoamericanas QUORUM, 1987, p. 129.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

### 2.2.2.1 El caso peruano

Desde épocas arcaicas, los pueblos se organizaron sobre la base de reglas o normas sociales que emergieron desde el seno de cada sociedad, convirtiéndose luego en normas jurídicas de un Estado que posibilitó la organización formal y la convivencia entre sus integrantes. El desarrollo diferenciado de los estados fue acorde a los *modus vivendi* de cada comunidad, pueblo o región (por los usos, prácticas o costumbres), o desacertadamente llevado a cabo por la imposición de normas, tales como las invasiones o conquistas, sucesos no extraños en estas latitudes. Respecto de los andes centrales de América del Sur, Mason señala que “al hacer referencia a la ley de los incas, e incluso a todas las leyes peruanas de la América precolombina, se regía por derecho especial: derecho consuetudinario, distándose de las civilizaciones de otros continentes, que se trataba únicamente de derecho ‘común’ sin codificar; es decir, era *lex non scripta*”<sup>4</sup>. En contraste, el desarrollo del Incanato fusionó los usos, prácticas y costumbres de muchos pueblos contemporáneos y anteriores a su establecimiento. Por tal motivo, se le ha denominado como “uno de los imperios más extraordinarios del mundo”<sup>5</sup>, debido a su organización y expansión en América del Sur.

El sistema incaico reposaba sobre todo en el *principio de reciprocidad*. Las normas socialmente reconocidas en la cultura incaica tuvieron como base un derecho consuetudinario que “no estaban compiladas en forma escrita”, pero eran prescripciones tan claras, precisas y poco numerosas que podían ser incorporadas en el acervo individual, siendo algunas de ellas las más conocidas en la actualidad, como los tres “pecados capitales” andinos: *ama llulla*, *ama kella*, *ama súa* (no seas ocioso, no seas mentiroso, no seas ladrón).

---

<sup>4</sup> ALDEN MASON, J. *Las antiguas culturas del Perú*. Traducción de Margarita Villegas de Robles. Editorial fondo de cultura económica, México 1969, primera edición en inglés 1957, primera edición en español 1962, primera reimpresión 1969. Título original: “*The Ancient Civilizations of Peru*”, p. 188.

<sup>5</sup> Ídem, p. 108. Ver sobre este tema y otros aspectos de los *Incas* según su división dada en: La Era Floreciente (pp. 75 y ss.); El Periodo Expansionista (pp. 94 y ss.), y el Periodo Imperialista (pp. 108 y ss.).

Luis E Valcárcel<sup>6</sup> indica que estas son prescripciones negativas, pues las positivas serían laboriosidad, veracidad y honestidad. Este mismo autor explica que la *veracidad* es una condición *sine que non* en esta organización, es decir, la base de ésta máxima está en la exactitud de todas las cosas; con la *laboriosidad*, nadie tenía derecho a negarse a contribuir con su esfuerzo, que todas las cosas dependían de la prosperidad; y la *honradez*, implica cumplir con la ley y ser leal a sus semejantes. Además, agrega que “sobre estos tres principios está basada toda la legislación y tiene trascendencia no solamente en el orden jurídico sino [también de orden] moral”. En ese sentido, otro autor ha señalado que transgredir estas normas, es infringir al *principio de reciprocidad* y, por tanto, colocarse al margen del orden social<sup>7</sup>.

En tal sentido, los cuentos andinos permiten recopilar las infracciones, sobre todo aquellas que implican la ruptura de la reciprocidad. Se ha clasificado estas infracciones en cuatro niveles: el ocio, la ruptura en el intercambio de la fuerza de trabajo; el robo, la ruptura en el intercambio de bienes; la mentira, la ruptura en el intercambio de información; y el incesto, la ruptura en el intercambio de mujeres. Se halla ahí los tres “pecados capitales” andinos (mentira, robo, ocio) y el cuarto “pecado” es la prohibición fundamental que permite la existencia de un sistema de parentesco con posibilidades de establecer alianzas<sup>8</sup>.

El *sistema punitivo* del incanato se diferenció de otras sociedades por su particularidad, como no existía ningún sistema de escritura, la ley no podía ser de otro modo. Al llegar a este punto, Alden Mason explica:

“... al no existir la propiedad privada de tierras y como la propiedad personal era insignificante, y puesto que tampoco había negocios privados, la ley se limitaba a asuntos criminales y su castigo. Las autoridades recordaban las costumbres y los precedentes que existían para aplicar las sanciones, y el pueblo también estaba al corriente de dichos castigos posibles. Aunque

---

<sup>6</sup> VALCÁRCEL, Luis E. *Etnohistoria del Perú Antiguo. Historia del Perú (Incas)*. Segunda edición, Lima, editorial departamento de publicaciones de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1964, pp. 117-118.

<sup>7</sup> ASOCIACIÓN PERUANA DE ESTUDIOS DE INVESTIGACIONES PARA LA PAZ APEP. Ob. Cit., p. 70.

<sup>8</sup> Ídem, p. 71.

difícilmente puede decirse que los deseos del emperador fueran ley, al menos las leyes representaban sus deseos, y su transgresión era interpretada como desobediencia al soberano, en vez de como ofensa al Estado o algún individuo. Por eso algunos actos que nosotros consideraríamos como simplemente mala conducta o como ofensas veniales, los incas castigaban [estos actos] severamente. Consideraban que los mayores crímenes eran la traición y la desobediencia al emperador”<sup>9</sup>.

Aquello señala cómo se concebía el orden, y que el quebrantamiento del mismo era castigado con severidad y de modo ejemplar, orientado sobre todo a partir de las tres máximas ya anotadas anteriormente.

Respecto de cómo se aplicaba el castigo en el Incanato, Alden Mason declara:

“Todos los delitos contra el Estado, la traición, el robo de los campos o almacenes imperiales o de la iglesia, el incendio de puentes, la penetración ilegal en un convento, y todos los crímenes semejantes, eran castigados con la muerte, al igual, que el asesinato. La pena capital, sin embargo, solamente podía ser decretada por las autoridades máximas, es decir, un gobernador o el emperador mismo; y un curaca que hiciera matar a cualquier súbdito sin haber recibido la sanción previa de un funcionario más elevado, era castigado severamente y hasta podía ser condenado a muerte si reincidía. La pena capital era aplicada de distintos modos: generalmente se golpeaba la cabeza del culpable con una maza, pero también podía ser arrojado sobre un acantilado, lapidado o colgado de los pies. Probablemente, el método de ejecución dependía del delito cometido. No se practicaba el encarcelamiento, salvo en una refinada variante reservada para los traidores más egregios: estos eran colocados en calabozos subterráneos, llenos de culebras y animales venenosos, y de [completo] peligro. Como es natural, estos encarcelamientos duraban muy poco tiempo. Los castigos más leves consistían en reprensiones públicas, privación de empleo, destierro, tortura, azotamiento y la *hihuaya*; ésta consistía en arrojar una pesada piedra desde una altura de un metro sobre la espalda del malhechor, lo que frecuentemente equivalía a una sentencia de muerte”<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> ALDEN MASON, J. Ob. cit., pp. 188-189.

<sup>10</sup> ALDEN MASON, J. Ob. cit., p. 189.

En este orden de ideas, los incas eran severos y selectivos, pero en comparación con otras culturas resultaban -como señala Luis Valcárcel-<sup>11</sup> buenos jueces, lo que explica Alden Mason:

“En forma característica los incas hacían marcada diferencia entre los nobles y los plebeyos. Se consideraban que para un noble era peor castigo una reprimenda del emperador y la pérdida de su favor que, para un aldeano, un castigo físico. En esto eran buenos jueces de la naturaleza humana y, de todos modos, tenían que salvaguardar el prestigio de la aristocracia. Por otra parte, castigaban más severamente (...) las transgresiones de *noblesse oblige* que las faltas similares de un plebeyo. De ese modo el adulterio cometido con una dama de la nobleza era falta capital para ambas partes; el cometido por un plebeyo era castigado con tortura. Siempre se aceptaban las atenuantes que pudieran existir. No se consideraba asesinato el matar en defensa propia o el cortar el cuello de la mujer sorprendida *in flagrante delicto*. En cambio, se castigaba más severamente los daños intencionados que los accidentales, y un hombre perezoso y poco previsor era reprendido si robaba; el que robaba por codicia era desterrado. Los acusados permanecían custodiados hasta el momento de sus juicios, los cuales se efectuaban por un jurado compuesto, no por sus iguales, sino por funcionarios administrativos de gobierno, como los curacas. Los delitos menores eran juzgados por funcionarios de rango inferior; los de mayor monta, por administradores de alta categoría; estos oían el testimonio y la defensa del acusado, citaban a testigos y pronunciaban la sentencia contra la que no había apelación ante autoridades superiores. No había licenciados, diligencieros, ni abogados, tampoco honorarios que pagar; los únicos funcionarios judiciales eran los inspectores permanentes del gobierno que investigaban regularmente los asuntos de los funcionarios del Estado y presentaban cargos contra los que no eran honrados. En general, los delitos no eran frecuentes; la naturaleza estática de la sociedad no tendía a provocarlos y la rigidez con que se aplicaban las leyes procuraba evitarlos. La culpabilidad de un individuo era con frecuencia decidida por medio de adivinación o de ordalías como la tortura”<sup>12</sup>.

Con ello se desprenden indicios de la *racionalidad* en el castigo en dos aspectos. En *primer* lugar, se clasificaba el grado en la comisión de un delito, es decir, por actos con intención o dolo, y por culpa; en *segundo* lugar, los modos de juzgamiento eran realizados por personas de la misma jerarquía, por

---

<sup>11</sup> VALCÁRCEL, Luis E. Ob. cit. Señala: “Tratando en especial de lo que podríamos llamar Derecho Penal los delitos de esta naturaleza eran menores de los que se presentan en otras sociedades de tipo jurídico diferente”, pp. 117-118.

<sup>12</sup> ALDEN MASON, J. Ob. cit., pp. 189-190.

lo que se tenía una marcada diferencia en la competencia, por la clase social o cargos que tenían, que de alguna otra forma fue similar al sistema actual. Así, por ejemplo, los “juzgados de paz” cuya autoridad soluciona conflictos en las comunidades andinas y en el ámbito de su competencia; y los juzgados en general, según sea en una provincia o ciudad.

La cuestión de la prisión ha sucedido de manera relativa, salvo para casos graves, o en su defecto era reservada para los traidores más egregios o -como diría Valcárcel- “también solían emplearse pruebas a las de ‘Juicio de Dios’, es decir, cuando se acusaba a un individuo de una gravísimo delito se le ponía en una especie de foso donde había animales feroces, expuesto para ser devorado”. Por ejemplo, dado que no se permitía la ociosidad, se apreciaba la laboriosidad, y esto podía resultar en una mejor valoración de los castigos físicos que en el encierro, pues así el infractor podía aportar al sistema económico incaico, basado en la agricultura.

#### 2.2.2.2 El caso occidental

En la civilización occidental debido que el ordenamiento político, económico y social fue distinto a la de América, el sistema punitivo se manifestó según otras perspectivas.

##### A. Breve percepción de la historia del castigo

Se puede traer a colación de la historia algunos acontecimientos que se desprenden de los alcances dados por varios autores, entre ellos Luís Eduardo Mesa Velásquez, Gustavo Labatut Glenda e Ignacio Villalobos<sup>13</sup>, los cuales señalan que el castigo existió desde los comienzos de la aparición de la humanidad y se manifestó de diversas formas según el avance de la

---

<sup>13</sup> MESA VELASQUEZ, Luís Eduardo. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Medellín, Colombia, editorial Universidad de Antioquia, 1962, pp. 12-19. LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Santiago, Chile, editorial jurídica de Chile (Editorial Universitaria S. A.), tercera edición. 1958, pp. 47-53. Además VILLALOBOS, Ignacio. *La crisis del Derecho Penal en México*. México, editorial Jus S. A., 1948, pp. 31-39.

civilización. En una sociedad primitiva, los castigos eran de carácter privado, mientras que dentro de una organización jerarquizada, con el control del poder en manos de pocas personas, el castigo se manifestó como una institución dotada de ciertas reglas, en relación con todos los ámbitos de la actuación del hombre que tiene su inicio con la *venganza privada* (venganza de sangre), como la forma natural de reacción frente a algunos actos que corresponden a organizaciones sociales, tales como los clanes o tribus. En las organizaciones *teocráticas*, se empleó la *venganza divina*, pues el delito fue considerado como ofensa a los dioses, al que se juzgaba en nombre de la divinidad como en el caso del antiguo derecho israelí, con la particularidad de que el fin del castigo fue purgatorio o expiatorio. El sistema del castigo se institucionalizó con la aparición de las *ciudades-estados* que encabezó el jefe político y religioso, el cual tenía la función represiva, por ende, era el que administraba la justicia en nombre de la colectividad, de aquí que se conoce el *sistema talional* (Ley del Talió que se expresa en su máxima: “*Ojo por ojo, diente por diente*”). Cabe resaltar que según este último sistema aparece una forma de proporcionalidad en los castigos, es decir, se buscaba una equivalencia al daño que se producía. En Babilonia se halló el *Código de Hamurabi*, el cual advierte el carácter público de sus disposiciones, al parecer una forma de derecho penal, en donde la potestad y el derecho de castigar residían en poder del rey. En el antiguo derecho Indú, aparecen las *Leyes de Manú* que cuenta con distintos tratamientos punitivos para la aplicación de acuerdo a la clase social, aún siendo los mismos hechos punibles, en el caso de las castas inferiores, estos eran sancionados con severidad, a diferencia que el de las clases privilegiadas.

En la antigua Grecia, con las leyes de Licurgo (S. IX. a. C.), Dracón (S. VIII a. C.) y Solón (S. VI. a. C.) se señala que en esa forma de Estado la titularidad de la justicia penal se va afirmar, asimismo se manifestó la distinción entre los delitos públicos y los privados. En el antiguo *derecho romano*, el derecho de castigar recaía en el *paterfamilias* que poseía autoridad ilimitada; más adelante, en la época Republicana, aparecen instituciones de importancia para el derecho penal, y en la época del Imperio se acentuó el carácter público del derecho penal y de su función social. En el *derecho canónico* se conservaron las instituciones jurídicas del derecho romano perfeccionadas y adaptadas,



asimismo se reafirmó la naturaleza pública del derecho penal de tipo jurídico-religioso, con predominio eclesiástico, y se hizo distinción entre los delitos que ofenden a la divinidad y los del secular (*peccatum* y crimen o *delictum*).

El derecho penal en las edades Media y Moderna, respectivamente, se caracterizó por el absolutismo y la arbitrariedad; desigualdad bien marcada entre los hombres ante la ley, carácter expiatorio y persuasivo de las penas. Ante la arbitrariedad, la excesiva crueldad y la desigualdad del régimen absolutista, a finales de la Edad Moderna surge un movimiento innovador, basado en la concepción de la razón como único elemento capaz de crear un nuevo orden justo y humano (período de la Ilustración). Este movimiento fue propugnado por Montesquieu, Voltaire, Rousseau, entre otros.

#### B. Breve historia del encierro o la cárcel

A lo largo de la historia existieron diversas formas de sancionar la conducta humana, tales como la pena de muerte, flagelación, mutilación, tortura, encarcelamiento, etc. En este segmento reviste de importancia la *prisión*, el *encierro* y la *cárcel*. Según el Diccionario de Derecho Usual, G. Cabanellas<sup>14</sup> señala la primera de estas voces como:

“La acción de *prender*, coger, asir o agarrar. Cárcel u otro establecimiento donde se encuentran los privados de libertad; sea como detenidos, procesados o condenados. Pena privativa de libertad más grave y larga que el arresto e inferior y más benigna que la de reclusión, y con equiparación o diferencias cambiantes respecto a la de presidio”.

Aquello ofrece la idea de que prisión es, en general, el encierro de una persona ante un hecho grave. Por otra parte, para Oliver Olmo, el significado del encierro y de la cárcel habría acompañado a la humanidad desde la antigüedad. Así, la cárcel en sus diversas formas míticas o propiamente históricas, como encierro, derivado de la venganza privada o de las distintas

---

<sup>14</sup> CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*. Tomo VI, 26ª edición revisada, actualizada y ampliada, Buenos Aires, Argentina, editorial HELIASTA S.R.L., 2001, p. 419.

formas de legitimidad que el poder jurídico ha ido adquiriendo, es hallada por doquier; sus primeros atisbos aparecen en los relatos de los poemas épicos, datos históricos y en la literatura antigua<sup>15</sup>. De esta manera, en la civilización griega, la cárcel aparece en los poemas homéricos y en la teogonía hesiódica, en el episodio de los gigantes Alóadas: los dos hijos de Poseidón, rebeldes ante los dioses, encarcelaron y mantuvieron en una vasija durante trece meses al dios Ares hasta que Hermes logra liberarlo cuando estaba a punto de morir en el Tártaro, por debajo del infierno. Es decir, los dioses, titanes o cíclopes se encarcelaban unos a otros: por ejemplo, la leyenda mítica donde Leimona, hija de un noble ateniense, al perder la virginidad es encerrada por su propio padre en una casa aislada sin alimentos y en compañía de un caballo, y después es devorada por este animal. Según Oliver Olmo<sup>16</sup>, en la obra de Platón, *Las Leyes*, se propone a la *cárcel-custodia* para deudores y para algunos ladrones, ya sea como castigo en sí mismo o como forma de corrección.

A partir del texto platónico *La República*, Gabriel Salazar<sup>17</sup> propone como ideal la existencia de tres tipos de cárceles: una *en la plaza* del mercado o cárcel de custodia; el *sofonisterón* en la ciudad, como casa correccional; y la *casa de suplicio*, ubicada fuera de la provincia, en un paraje sombrío. En tal sentido, puede señalarse que la cárcel existió como medio de custodia, sobre todo para la *retención de los deudores*, lo que se habría dado tanto en Egipto, China, Israel, Persia y Babilonia; sin embargo, en la civilización romana la cárcel era como un castigo que existió en menor proporción, dado que se usó otros tipos de penas<sup>18</sup>. Así, por ejemplo, “Ulpiano sentenciaba que la cárcel debe servir no para el castigo sino para su guarda”, de donde se concibe que la cárcel romana

---

<sup>15</sup> OLMO, P. Oliver. *Origen y evolución histórica de la pena de prisión*. Universidad del País Vasco, 2000. pp. 1 y 8-9. Consulta en noviembre de 2008. Web: <http://www.uclm.es/profesoradO/poliver/pdf/desorden/historiaPrision.pdf>.

<sup>16</sup> OLMO, P. Oliver. Ídem. p. 9. Además en OLMO, Pedro Oliver. *La cárcel y el control del delito en Navarra entre el Antiguo Régimen y el Estado liberal*. Tesis doctoral, Universidad del País Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1999, p. 54. Consulta: noviembre de 2008: Web: [www.uclm.es/profesoradO/poliver/](http://www.uclm.es/profesoradO/poliver/).

<sup>17</sup> SALAZAR CÁCERES, Carlos Gabriel. *Breve historia de la cárcel*. Revista Electrónica del CESJ N.º 138-45. Consulta: marzo de 2009. Web: <http://nemoestudio.com/sociojuridico.com/articulos/Breve%20Historia%20de%20la%20Carc%20el.pdf>.

<sup>18</sup> Ibídem.

no tuvo función punitiva, sino que se planteó para mantener allí a los encausados, no con fin de castigarlos a través del propio encarcelamiento, al contrario, era principalmente como medida de aseguramiento. Por tal motivo, se construyeron cárceles como Luliana y Claudiana, en tiempos de Alejandro Severo, levantadas en cauces de manantiales no utilizables, húmedos y sin luz; Mamertita que era un *aljibe*<sup>19</sup>; y Ergastulum que era de particulares, en dependencia del *pater familia*, los cuales reclusión o arrestaban a los esclavos.

Según Oliver Olmo<sup>20</sup>, en la Alta Edad Media, a partir de nuevas estructuras jurídico-sociales, la cárcel seguirá planteada como lugar de custodia para evitar la fuga del acusado; al pasar el tiempo, de acuerdo al contexto jurídico-religioso determinante para la época, el *monacal*, comenzó a elaborar planteamientos y prácticas de encierro penitencial y correccional, que luego influyeron en el derecho penal y en los postulados institucionales del castigo carcelario; donde los postulados del derecho canónico van influenciar en el derecho moderno. En esta época se distingue dos clases de cárceles: las prisiones del Estado, por ejemplo, la Torre de Londres, el Castillo de Egelsburgo y La Bastilla de París, en las cuales se recluyen a los enemigos del poder, ya sea por delitos de traición o por ser adversarios políticos; y la prisión eclesiástica, destinada a sacerdotes y religiosos, la cual descansaba en ideales de redención, caridad y fraternidad y, al tener como herramientas, la penitencia, la meditación, la disciplina y los trabajos manuales, tenía como sede un monasterio. En la Baja Edad Media<sup>21</sup>, aparece un nuevo contexto social: la pobreza hacia la población errante y vagabunda que no es ajena al proceso de producción de acumulación y descentralización del poder en manos de los monarcas, mientras nacen los *estados modernos*; sin embargo, la capacidad de estos para imponer a la población ordenamientos y pautas es limitada, prueba de ello puede ser el

---

<sup>19</sup> Que según el Diccionario *Larousse*. Gran Diccionario de la Lengua Española, Tomo I, Edición del año 2000, Barcelona, España, SPES EDITORIAL S. L. Señala que *aljibe* significa "cisterna, depósito de agua. Depósito en el que se tiene el agua a bordo de una embarcación".

<sup>20</sup> OLMO, P. Oliver. Ob. cit., pp. 10-11. Además, este autor también señala que "los postulados del derecho canónico, desde muy antiguo, y la dilatada experiencia posterior de los procesos de los tribunales de la inquisición, no es que fueran antecedentes de los discursos correccionalistas del penitenciarismo moderno, es que influyeron poderosamente en la gestación de los mismos".

<sup>21</sup> OLMO, P. Oliver. *Íbidem*.

bandolerismo y las violencias internobiliarias. Así, la *pena privativa de libertad* se convierte en una punición en sí misma, como el caso de los vagabundos.

Gabriel Salazar<sup>22</sup> señala que en el siglo XII aparecen las cárceles subterráneas, pues se bajaba por las escaleras o cuerdas, se entraba, pero no se salía, y al reo se le despedía con un “*vade in pace*” (ve en paz). Es una época en la cual aumentó la pobreza y, con ella, la criminalidad, la prostitución, y la vagancia. Muchas de estas personas eran ahorcadas, por ende, las cárceles eran reflejo de todos estos hechos mundanos, pero también se usó otras instituciones con fines segregativos, tales como hospitales, hospicios y albergues de los pobres. En la Edad Moderna, las cárceles siguen siendo mayoritariamente el lugar de depósito de los acusados, en tanto se verifica el proceso judicial o mientras los deudores acaben de saldar sus cuentas con la administración o con los denunciadores privados, las cárceles “públicas” o *reales* fueron un lugar de empobrecimiento y las condiciones de vida de los presos las convertían en un panorama indeseable. En 1597, en Inglaterra, se dicta una ley que permita la deportación a los presos que son trasladados en buques, los que se tornan en prisiones baratas porque ahorran muros y rejas, ya que son reemplazados por agua y hasta por nuevas tierras para colonizar. Surgen, de esta manera, Australia y Nueva Zelanda, así como el Este en Francia, España, Nápoles, Valencia y Génova, ciudades en las que se imponen penas a galeras, es decir, los condenados a muerte o prisioneros de guerra son encadenados y obligados a remar en galeras militares. Se concibe, entonces, la explotación directa de la fuerza de trabajo de los reos con la pena de reclusión en la minas, como es el caso de Amsterdam, y se crean las Rasphuis para hombres, en las cuales se trabajaba raspando el palo de *Campeche*, a fin de obtener un colorante, mientras que a los falsos *tullidos* y *mendigos mentirosos* los enviaban a la “Celda de Agua”, donde tenían que sacar continuamente el agua.

---

<sup>22</sup> SALAZAR CÁCERES, Carlos Gabriel. Ob. cit. ver en Web: <<http://nemoestudio.com/sociojuridico.com/articulos/Breve%20Historia%20de%20la%20Carc el.pdf>>.

### C. Razonamiento del castigo en la historia

En definitiva, comprender el castigo desde sus inicios es entender su historia, desde sus diversas formas de manifestación y la multiplicidad de relaciones y sentidos que le dieron fundamento en los distintos ámbitos o esferas de las relaciones sociales. Asimismo, dadas las diversas razones que sustentaron las formas de aplicación y finalidades del castigo, resulta necesario considerar el mismo en su contexto real y las distintas formas de coacción, coerción y suplicio que incluso se proyectan hasta hoy. Así, el razonamiento de este fenómeno también sirve para encontrar la naturaleza misma del castigo a través de la evolución y la historia de los modos de castigo.

Según Federico Escobar-Córdova<sup>23</sup>, el *Código de Hammurabi*, cuya existencia se remonta al 2000 a. C., no tiene divisiones pero —en la línea de *editio princeps* de Jean-Vincent Scheil, fue dividido en prólogo, cuerpo de leyes (con una estructura de 282 párrafos) y epílogo. En cuanto al castigo descrito en dicho texto, Agustín V. Startari<sup>24</sup> sostiene que eran muy crueles, estableciéndose por lo general la conocida *Ley del Talión*, que significa “ojo por ojo, diente por diente”, o sea que quien cometía un delito sería sancionado con un padecimiento similar al daño ocasionado. Por ejemplo: “Si un hombre destruye el ojo a otro hombre, se le destruirá el ojo”, “Si un hombre destruye el hueso a otro hombre, se le romperá un hueso a él”, “Si un hombre hace un agujero delante de una casa para entrar a robar, se le matará y enterrará delante del agujero”, “Un falso testimonio sobre grano o moneda se castigará con pagar la cantidad que él ha acusado a otro” La pena de muerte era

---

<sup>23</sup> ESCOBAR-CÓRDOBA, Federico. *La esquiva definición del derecho a la luz de los códigos mesopotámicos*. Bogotá, Colombia, editotial vniversitas N° 117, julio-diciembre de 2008, p. 82. Consultado en diciembre 2010. En la web: [http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C\\_Juridicas/pub\\_rev/documents/03laesquivadefinicion\\_005.pdf](http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/03laesquivadefinicion_005.pdf)

<sup>24</sup> STARTARI, Agustín V. *El código de Hammurabi es el primer conjunto de leyes de la historia. En él Hammurabi enumera las leyes que ha recibido del dios Marduk para fomentar el bienestar entre las gentes*. Consultado en diciembre 2010. Ver en la Web: [http://materialesparahistoria.blogspot.com/2007/07/el-codigo-de-hammurabi\\_08.html](http://materialesparahistoria.blogspot.com/2007/07/el-codigo-de-hammurabi_08.html)

frecuente aún para delitos menores, como la vagancia. Sin embargo, llegó a distinguir entre el homicidio intencional y el accidental.

Fustel de Coulanges<sup>25</sup> en su libro “La Ciudad Antigua” habla de la evolución de la sociedad antigua y su organización religiosa, política y económica, quien atribuye como *gen* formador y sostenedor de la sociedad antigua a la religión. Toda acción, hábito o relación con otro estaba establecida por la religión y esto no debía ser quebrantado, de lo contrario podría tener efectos nefastos para la familia, la misma que era dirigida por el hombre, el *pater familia* (él daba su parecer con respecto al ordenamiento de la comunidad), en ese sentido, habían sectores sociales que se quedaban al margen de esta estructura y que de a poco fueron aumentando en cantidad, generando presión a nivel religioso. Fue en una fecha mucho más arcaica, en la antigüedad sin fecha donde las creencias se forjaron y las instituciones se establecieron o prepararon. Esto quería decir que la base del castigo reposaba en la religión y en la creencia que cada miembro de la familia le daba al castigo como causa y efecto; la razón de que exista este fenómeno era el tipo y nivel de religión que se profesaba, la cual era dirigida por el jefe de familia.

La *virtud* alcanzada a través del castigo como curación del alma se halla en la Antigua Grecia, en Platón, en el diálogo imaginado entre Sócrates y Protágoras, en donde este sostiene que nadie castiga a los malhechores prestando atención a que hayan delinquido, a no ser quien se vengue irracionalmente como un animal, sino en atención a que en el futuro obren mal de nuevo, ni este mismo ni otros; es decir, bajo el castigo la *virtud* es alcanzable y enseñable a efectos de *disuasión*; en su obra el Georgias, el mismo autor concibe que se saca provecho de sufrir un castigo, ya sea impuesto por los dioses o por los hombres, son los que han cometido delitos que admiten curación, este provecho solo se alcanza por medio de sufrimientos

---

<sup>25</sup> FUSTEL DE COULANGES, Numa D. “La Ciudad Antigua” (1864). Consulta: marzo de 2008. Web: <<http://jorge-andrade.blogspot.com/2007/11/libros-la-ciudad-antigua>>, además podemos encontrar algunas de las transcripciones (lista de reseñas) del libro en: <<http://www.2enero.com/resenas/coulant.htm>>

y dolores<sup>26</sup>. De otro lado, Aristóteles en la *Ética a Nicómaco* asevera que si las virtudes tienen que ver con acciones y pasiones, así toda pasión y toda acción van seguidas de placer o de dolor, como los castigos que se hacen por medio de ellos son en efecto a modo de medicinas, que actúan por medio de los contrarios<sup>27</sup>.

Julio Romero Soto<sup>28</sup> señala que, en los orígenes de todo pueblo, fue la costumbre la que consagró la práctica jurídica diaria, la que impuso un “*modus vivendi*” que se hizo imprescindible a todos. Los grupos sociales primitivos se caracterizaron por poseer diversos sentimientos que supieron exteriorizar en sus prácticas cotidianas. Uno de ellos –dice-, y quizás el más importante es el sentimiento de justicia. Si se rompía el mandato tradicional que pasaba de familia en familia podría provocarse la ira de los dioses, que satisfacían sus prácticas religiosas. La religión y el derecho en un principio marcharon unidos. La norma religiosa era obedecida por temor no solo al castigo en esta vida sino por el castigo ultraterreno que también recibía el transgresor. Se ingresa en una transición entre lo que es netamente el *castigo* en la religión y la aparición del mismo en el derecho, lo que se puede interpretar por la existencia del sentimiento de *justicia*, concepción filosófica que va madurar como una idea fundamental ya dentro del ámbito moral de la *filosofía del derecho* o atisbo de una racionalidad.

Según las ideas de Foucault<sup>29</sup>, el castigo implica la corrección a alguien que ha hecho algo malo o ha infringido alguna norma o regla de la sociedad, el castigo debe darse para todos en general por igual, pues todos somos susceptibles de ser castigados. Prevenir justifica el derecho a castigar y hay que castigar lo suficiente para impedir la reaparición del delito. La técnica de los *signos*

---

<sup>26</sup> PLATÓN. *Gorgias*. Traducción, introducción y notas de Ángel J. Cappelletti, Eudeba/Colección *Los Fundamentales*. Buenos Aires, Argentina, editorial universitaria de Buenos Aires-Rivadavia, pp. 247-251.

<sup>27</sup> ARISTÓTELES. *Ética nicomaquea*. Versión, prólogo y notas de A. Gómez Robledo. Colección *Nuestros Clásicos*. Primera edición, México, dirección general de publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1957, pp. 48-49.

<sup>28</sup> ROMERO SOTO, Julio. *Curso de Sociología Jurídica*. Bogotá, ediciones librería del profesional, Bogotá, 2006, pp. 116-117.

<sup>29</sup> Ver en Wikipedia. Además en: Historia: docs: [M.] FOUCAULT. *Vigilar y Castigar*. Consulta: marzo de 2008. Web: <<http://www.mgar.net/docs/foucault.htm>>

*punitivos* es para los reformadores un instrumento económico eficaz para reducir el campo de los ilegalismos. El castigo siempre tiene que ser superior al beneficio del crimen. La prisión se presente como una pena más, no como la norma general de castigo. El castigo debe reparar el comportamiento de la persona que ha cometido algún crimen, sino no se llamaría castigo, será una pena (actualmente la prisión ocupa entre la muerte y las multas casi en todo el campo de los castigos posibles).

Con lo expresado hasta aquí, el castigo se manifiesta de manera más real y con amplitud en instituciones organizadas política y jurídicamente, ligado al poder que se manifiesta como violencia; según Wolfgang Sofstky, la comunidad política funda su origen y se galvaniza como tal en un solo concepto: la violencia, entendida como elemento que domina a toda organización social, saliendo de su estado de naturaleza a la convivencia civilizada para la protección mutua, una garantía comunitaria para impedir la guerra de manera perpetua de todos contra todos; es decir, a este contrato social le sigue un contrato de poder que permite el monopolio de la violencia y que hace que la fuerza no desaparezca sino que cambie de rostro. Michel Foucault sostiene que el castigo constituye un sistema de poder que penetra en la vida de los individuos y que modula su relación con los aparatos de producción<sup>30</sup>. Estas percepciones se conciben como parte natural de toda organización de los estados contemporáneos en el mundo.

#### D. Críticas a los modos de castigo

En Europa, el llamado *pensamiento ilustrado* aparece en el siglo XVIII, tiempo en el que muchos sectores de la sociedad se muestran muy preocupados por los asuntos públicos y por la justicia, ya que se formulaban propuestas de codificación, con la aparición de los movimientos filantrópicos que demandaban la reforma de las costumbres punitivas. En definitiva, los modos de control social, aparecen con la tesis de Beccaria, la que da una nueva racionalidad a

---

<sup>30</sup> Revista Derecho y Humanidades. Propuesta Editorial numero 15: El Castigo. Consulta: marzo del 2009, Página Web:  
<<http://www.csociales.uchile.cl/noticias/2009/doc/Propuesta%20Editorial%20Castigo.pdf>>



los castigos penales<sup>31</sup>: reforma penal, proporcionalidad de las penas, prevención de los delitos a través de la propia ley y una propuesta de pacto social como nueva fuente de legitimidad contra el viejo régimen, pero también – subraya- el castigo como principio ordenador de la sociedad y su gobierno, con la elaboración de políticas de castigo, de vigilancia y de policía, es decir, con la carcelería, se piensa no solo en el castigo del reo, sino en su corrección, base de la pedagogía social y de prevención. A fines del Siglo XVIII, al lado de Cesare Beccaria, aparece el inglés Jhon Howard en 1784, quien escribió el libro “Estado de las Prisiones en Inglaterra y Gales” (*State of prisons*) y propone que para el mejoramiento de las cárceles se requiere de seguridad, salud, dieta, uniformes, alojamiento separados con camas, instrucción moral y religiosa, entre otras, ideas difundidas en Europa y que tienen como modélicas las casas de trabajo holandesas y algunas experiencias correccionalistas. Estos principios van a influir muchísimo en el sistema penitenciario del siglo XIX, como por ejemplo en el diseño del Panóptico de Bentham, que persigue de forma utilitarista y clasificatoria la inspección total del preso; y el celular de los cuáqueros basado en el control del arrepentimiento del preso, a través de un severo aislamiento penitencial.

---

<sup>31</sup> Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La Ley y el Delito. Principios del Derecho penal*. 12ª edición, Buenos Aires, editorial Sudamericana, marzo de 1981, pp. 32-35. También en OLMO, P. Oliver. Ob. cit. pp.13-14. Además en SALAZAR CÁCERES, Carlos Gabriel. Ob. cit. Sobre todo ver en: FOUCAULT, Michel. *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, Traducción Aurelio Garzón Del Camino, título original: *Surveiller et punir*, editorial gallimard 1ª edición en 1975, 2ª reimpresión en 2002, editorial Siglo XXI editores argentina S. A., (impresión en Argentina 2004), pp. 13-17. Refiriéndose al Reglamento para la Casa de Jóvenes delincuentes de París, redactado por León Faucher, Foucault sostiene que: “Aquí, pues, un suplicio y un empleo del tiempo. No sancionan los mismos delitos, no castigan el mismo género de delincuentes. Pero definen bien, cada uno, un estilo penal determinado. Menos de un siglo los separa. Es la época en que fue redistribuida, en Europa y en los Estados Unidos, toda la economía del castigo, época de grandes /escándalos/ para la justicia tradicional, época de innumerables proyectos de reforma; una nueva teoría de la ley y del delito, nueva justificación moral o política del derecho de castigar; abolición de las viejas ordenanzas, atenuación de las costumbres; redacción de códigos /modernos/: Rusia, 1769; Prusia, 1791; Pensilvania y Toscana, 1786; Austria, 1788; Francia, 1791, Año IV, 1808 y 1810. Por lo que toca a la justicia penal, una nueva era”.

Beccaria<sup>32</sup>, en su obra “De los delitos y de las penas”, señala que los hombres abandonan las reglas más importantes a la prudencia, que las leyes han sido pactos casuales de una necesidad pasajera, instrumento de pasiones de pocos; siendo que pocos han examinado la crueldad de las penas y la irregularidad de los procedimientos criminales, tan descuidada en casi toda Europa, cosas atroces y repetidas, en la que se considera una inútil severidad multiplicados por delitos o no probados o quiméricos, que guiaba a una clase de magistrados. Además, indica que todos estos problemas deben ser resueltos sobre la base de la razón, pues se trata de salvar de la muerte horrenda a solo una víctima (inocente) de la tiranía, la ignorancia y el desprecio del resto de los hombres.

En el texto citado, capítulo *Sobre el origen de las penas*, Beccaria señala que a través de las leyes los hombres se unieron (aislados e independientes) en sociedad, cansados de vivir en guerra, sacrificaron parte de su libertad para luego formar la soberanía de una nación, y es el soberano quien lo administra. Contra los usurpadores se establecieron motivos sensibles que son las penas<sup>33</sup>. Asimismo en el *Derecho de castigar*, dice que *la pena es una necesidad*, base para castigar los delitos, así como fue la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad, en la que cada individuo quiere poner la parte más pequeña de su libertad, y esta unión es la que forma el derecho de castigar, todo lo demás será abuso y no justicia; la palabra derecho no es contrario de la palabra fuerza sino es una modificación de esta, así justicia es el vínculo necesario que tiene unido a los intereses particulares, no se entiende la relación entre justicia que emana de Dios, y que tiene sus inmediatas relaciones con las penas y recompensas eternas; y en el capítulo 3 de su obra en mención, *Sobre las consecuencias*, refiere que solo las leyes deben establecer las penas de los delitos y esa autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el *contrato social*. La violación tanto de los hombres más grandes y más

---

<sup>32</sup> BECCARIA, Cesare (César Bonesana, marqués de Beccaria). *De los delitos y de las penas* (1764). Con el comentario de Voltaire y notas actuales. 1ª edición, Lima, editorial A. F. A. Importadores S. A., 1993, pp. 27-30.

<sup>33</sup> Ídem, p. 31.

miserables empieza a autorizar la anarquía, por lo que el soberano legisla leyes generales para no dividir a las naciones, es necesario que un tercero juzgue al acusado de aquí la necesidad de un magistrado; la atrocidad en las penas sería no solo contraria a aquellas virtudes benéficas, también a la justicia y a la naturaleza del mismo contrato social<sup>34</sup>.

En conclusión, César Bonnesana, Marqués de Beccaria, propone una reforma total del sistema penal y del sistema penitenciario, con la separación de la justicia humana de la divina, buscando la proporcionalidad y racionalidad de la pena, a fin de que la pena sea humana y persuasorio; para lo cual propugna la proscripción de la pena de muerte y las degradantes que atentaban contra la dignidad del ser humano, por lo que la penas deben ser establecidas únicamente por las leyes, en base del principio de legalidad.

Asimismo, en el mismo siglo XVIII, como se ha señalado, se produjo la crítica a los modos de castigo, por parte de juristas, filósofos, magistrados, etc., donde también Michael Foucault<sup>35</sup> describe detalladamente la evolución del castigo desde la horca y el descuartizamiento medievales hasta los modernos sistemas de multas y encarcelamientos. Foucault observa una evolución en el castigo al delincuente desde el puro acto de venganza del rey hasta un uso más práctico del mismo, enfocado hacia la disuasión y la rehabilitación.

---

<sup>34</sup> BECCARIA. Ob. cit., pp. 32-33 y 34-35. En el pie de la página 34 se señala: “Esta primera consecuencia, es parte integrante del **PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL** modernamente reconocido en la doctrina, por los Estados de la Tierra, en su mayoría. El “*Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege*”, trata de ser la ley de leyes en todo ciudadano, de toda comunidad. Es decir, el Estado y quienes en particular gobiernan determinado Estado, han de tener límites precisos y claros en su intervención sobre el ciudadano, sobre la persona humana, a su vez el contenido de esos actos de intervención han de estar claramente detallados y especificados, teniendo así la persona humana la posibilidad concreta y real de conocer tanto el contenido y fundamento de esos actos”.

<sup>35</sup> Ver en Wikipedia. Además en: Historia: docs: [M.] FOUCAULT. “*Vigilar y Castigar. Una Visión crítica de la civilización europea*”, en: <<http://www.mgar.net/docs/foucault.htm>>

### 2.2.3 El castigo propiamente

#### 2.2.3.1 Concepto

A través del tiempo, el castigo se ha manifestado como características constitutivas a toda organización social o comunitaria, ante la violación o quebrantamiento de una norma social de cualquier especie, ya sea de índole moral, religiosa, jurídica o inclusive lingüística, que de alguna manera tendrá que contrariar a dicho quebrantamiento, lo cual conduce al ser humano mostrándose en una de sus facetas como la de vengativo, temeroso, soberbio; los motivos que impulsan a los hombres a tomar castigos son diversos, tenemos como la reprimenda hacia quien a incumplido o haya infringido, castigos corporales así como la impureza del alma.

El castigo es la presentación de un estímulo contingente sobre una respuesta que deriva en una disminución de la fuerza de esa respuesta (así como también se evidencia en la disminución de la frecuencia de la misma). La efectividad del castigo, a la hora de suprimir la respuesta depende de muchos factores, entre los que se incluye la intensidad del estímulo y la consistencia con la que el estímulo es presentado cuando se da la respuesta. Educativamente, algunos factores adicionales que incrementan la efectividad de la respuesta son la explicación verbal de la razón del castigo y una buena relación entre el niño y el padre o la madre<sup>36</sup>.

El castigo es la práctica de imponer algo desagradable a una persona que ha hecho algo inconveniente. Su aplicación se circunscribe a que las personas que delinquen o transgreden alguna norma son castigadas, judicialmente o no, mediante multas, castigos corporales o con sentencias de privación de libertad que, por ejemplo, pueden implicar la cárcel. Algunos ejemplos son: Los niños, alumnos y aprendices en general suelen ser castigados por sus educadores o instructores; los empleados, asistentes domésticos y otros sirvientes solían ser castigados por amos o patrones, de hecho, aún en tiempos recientes, algunos

---

<sup>36</sup> Ver en Wikipedia. Ob. cit.

empleados pueden estar sujetos contractualmente a la posibilidad de ser castigados con multas o humillaciones; en organizaciones muy jerarquizadas, como la militar y la policial, e incluso de tipo religioso, aplican todavía una rígida disciplina que, internamente, puede sostenerse mediante un sistema judicial propio (tribunales canónicos, marciales); el castigo puede aplicarse también en un sentido moral, especialmente en el ámbito religioso, en forma de penitencia (que es un castigo voluntario) o impuesto en una teocracia por una policía religiosa (como un estado Islámico riguroso) o un estado no exactamente teocrático impuesto por un tribunal de Inquisición. En un sentido más amplio, a menudo llamados *penalizaciones*, los castigos pueden ser impuestos por haberse incurrido en la infracción de reglas de un juego, deporte, entre otros<sup>37</sup>.

#### 2.2.3.2. Tipos de castigo<sup>38</sup>

La siguiente tipología presenta ejemplos bien conocidos:

Judiciales y similares, castigos para delitos

A). Castigos socioeconómicos: donde corresponden las multas o pérdidas en los ingresos; la confiscación; degradación, suspensión o expulsión (especialmente dentro de una jerarquía estricta, como la militar o religiosa); la restricción o anulación de los derechos civiles o de otro tipo, hasta el extremo de la muerte civil.

B). Castigos físicos: donde corresponden los castigos corporales (se usa normalmente para referirse a varias formas de palizas, como flagelación con diversos objetos, o de mutilaciones o castraciones. La legalidad de estos varía entre los países); la pena capital es la forma más extrema del castigo, en tanto anula todas las funciones del cuerpo (es practicada por un número importante de países, incluso en aquellos que, por ejemplo, las palizas son consideradas

---

<sup>37</sup> Enciclopedia Libre de Wikipedia. Castigo. última modificación 20 de agosto del 2008 (Wikimedia Foundation, Inc.). Consulta: agosto de 2008. Ver en: <<http://es.wikipedia.org/wiki/Castigo>>.

<sup>38</sup> Ver en Wikipedia. Ob. cit.

inhumanas); variadas posiciones incómodas tales como ser recluso en espacios reducidos, o ser colgado, o atado en posiciones antinaturales de forma que los músculos se vean sometidos a fuerzas insoportables, lo que les provoca dolor; sentencias de custodia, las cuales incluyen el arresto o la detención forzada (como por ejemplo la detención involuntaria en un centro psiquiátrico) y los trabajos forzados, estos ejemplos son castigos físicos, incluso aunque no hay azotes ni golpes intermitentes. Los psicólogos del comportamiento no consideran a la prisión como un castigo, debido a que la mayoría de los criminales reinciden. Por lo que su comportamiento no ha cambiado, y si no cambia entonces el estímulo no es considerado castigo sino solamente un estímulo aversivo; las formas de privación del sueño, de comida, etc., aunque generalmente estas prácticas no son oficiales; los esfuerzos físicos excesivos como movimientos repetitivos o cargar objetos pesados por largos periodos de tiempo; el exilio; la castración clínica se están estudiando en algunos países como castigos para ataques sexuales, sin embargo, puede llevar a cargos de eugenesia, debido a que el individuo queda infértil.

C). La humillación pública: que a menudo combina elementos sociales con castigo corporal y de hecho, usualmente, se utilizan de varias categorías (sobre todo cuando se supone que deben reforzarse unas a otras).

#### 2.2.3.3 Posibles razones para el uso del castigo<sup>39</sup>

##### A). Disuasión

Se refiere a intentar convencer de que no haya alguna fechoría en el futuro. Por ello, requiere de un castigo lo suficientemente severo como para que el beneficio obtenido por la falta sea compensado. La disuasión es una razón muy comúnmente utilizada como fundamento de que una persona debe ser castigada; sin embargo, se dice que utilizar el castigo como impedimento tiene el defecto de la naturaleza humana, ya que esta tiende a ignorar la posibilidad

---

<sup>39</sup> Ver en Wikipedia. Ob. cit.

de un castigo hasta que el individuo es capturado, y de hecho puede ser más atrayente la “fruta prohibida” o incluso el castigo puede glorificar al castigado.

#### B). Restauración

Para los delitos menores, el castigo puede ser simplemente reparar los daños ocasionados. En casos más serios los castigos pueden ser multas y pagos de compensación que serían considerados como restauración.

#### C). Recompensa

La recompensa se refiere a conseguir algo a cambio de la falta realizada. El sufrimiento del perpetrador es visto incluso como algo bueno, aunque no conlleve beneficios a la víctima. Una razón para que las sociedades incluyan este elemento judicial es disminuir la necesidad de justicia “por la propia mano”. Una forma de ilustrar el concepto del castigo es mediante la “justicia poética”, la cual dice que el castigo deberá reflejar la naturaleza o los medios del crimen.

### 2.3 Aspecto político criminal de la pena

Con la Revolución Francesa, en 1879, se consagró “la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, a partir de este nuevo acontecimiento histórico surgen nuevos sistemas de gobierno y una transformación total en la política y los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, se da nuevas formas de tratamiento a la delincuencia como parte de la política social del Estado; es decir, con el desarrollo de las ciencias de distintas especialidades y el fortalecimiento del Estado de derecho se consolida la *política criminal* para intervenir en las situaciones de criminalidad. De esta manera, la administración de la justicia se acentúa según una perspectiva más humana y racional.

La *política criminal* emerge como consecuencia inevitable de los propios fines de un Estado que debe prevenir y combatir el delito para guardar el orden social. En tal sentido, las decisiones o fines de una política criminal en determinar el merecimiento de pena, como una respuesta de la sociedad o de

un Estado, es controlar y prevenir el crimen<sup>40</sup>. El establecimiento de tal política se inicia en distintos ámbitos e implica varias etapas: se inicia con un estudio de las relaciones sociales y se sirve de distintas disciplinas, tales como la criminología, sociología, psicología, entre otras, para luego determinar qué conductas son las que merecen el calificativo de punible, lo cual depende del tipo de sociedad o Estado, o inclusive de las circunstancias o situaciones que pasan en determinado momento. En un segundo momento o etapa, se concretiza esta clasificación en diferentes sectores. Así, por ejemplo, puede ser de naturaleza normativa-jurídico, de educación, políticas económicas y de salud, entre otros. En un plano más específico, en el normativo-jurídico, la *pena de prisión* se determina a través de la legislación que ha sido promulgada como norma jurídica penal y es una medida de lucha contra el crimen.

Antes de la determinación de la *pena de prisión* se pasa por diversas cuestiones previas, dado que la política de un Estado debe darse a través de su intervención en la criminalidad por varios medios, pero desde perspectivas técnicas y científicas; sin embargo, esto va acompañado por decisiones de los políticos, de manera subjetiva, que no son decisiones reales y que se desprendan de estudios científicos del fenómeno criminal; tenemos, como ejemplo, el caso de la Ley del Terrorismo dictado por el *Régimen Fujimorista*, que ha tenido críticas sobre su ilegalidad, debido a normas arbitrarias; también se puede apreciar que actualmente hay una corriente de opiniones para sancionar con pena de prisión efectiva a los conductores ebrios, lo cual evidenciaría alguna manifestación de intervención del Estado, debido a la presión de la sociedad, a causa de muchos accidentes con consecuencias fatales, lo que podría poner fin a los accidentes de tránsito. Esto trae a colación que en la mayoría de los casos, el Estado opta por lo más fácil, cuando debería de evitarlos haciendo uso de otros medios, sobre todo, de la educación, porque se puede demostrar que combatir la criminalidad o la delincuencia no sólo es pasar por la pena de prisión o elevar el *quantum* de la pena, sino que ello obedece al estudio de otros factores y la acción sobre ellos,

---

<sup>40</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*. 6ª edición, revisada y puesta al día, Valencia, España, editorial Tirant lo Blanch, 2004, pp. 193-194.



es decir, se debe actuar, como mínimo en *tres ámbitos* distintos: *primero* antes del fenómeno criminal, como carácter preventivo general, que incida en la cuestión económica, que pasa muchas veces por mejorar la calidad de trabajo y de su remuneración, con oportunidades para la gran mayoría de individuos de la sociedad, además de otorgar una adecuada educación con valores y principios, y sobre todo de respeto al prójimo; *segundo*, en la imposición del castigo, que vale traer a colación el postulado de Michel Foucault, quien sostiene que el castigo debe corregir a alguien que ha causado un daño, de tal modo que cuando se impone un castigo se debe prever si tal medida lo va corregir o no; *tercero*, durante la ejecución de la pena, se debe crear condiciones necesarias en los establecimientos penitenciarios, sobre todo evitar el hacinamiento, y recuperar la dignidad del hombre como ser social y humano, principalmente tomando como un modo de rehabilitación el trabajo y la educación.

Por tanto, todo el problema de la “resocialización” en el sistema penitenciario peruano se debe abordar desde el punto de vista más práctico y real que desde un plano teórico-abstracto, ya que un trabajo debe ser un examen sobre los hechos reales que suceden en las cárceles de todos los lugares. Entonces, una cuestión de orden es reconocer y determinar qué es lo que debe considerarse delito. En ese sentido, el delito se concibe como violación del orden establecido, eso tiene una impregnación social y psicológica en la población, porque está vinculada a las protestas sociales frente a un orden injusto que lo establece el gobernante. En 1889, Fran Von Liszt, Van Hamel y Adolfo Prins fundaron la Unión Internacional de Derecho Penal, pero sobre todo Von Liszt fue el mentor de la Escuela de la Política Criminal o Escuela Pragmática, Sociológica y Biosociológica, y con esta escuela se inició la política criminal sistemática o científica. Von Liszt diferenció la Política Social de la Política Criminal: la primera tenía por objeto la supresión o *restricción* de las condiciones y fenómenos sociales de la criminalidad, mientras que la segunda se ocupaba de la delincuencia en particular y de que la pena se adaptase en su especie y medida al delincuente, procurando impedir la comisión de crímenes en el futuro. Von Liszt refirió que el alcance de la Política Criminal a la apreciación crítica del derecho vigente y a la programación legislativa y

programación de la acción social. El núcleo de la Política Criminal era para la lucha contra el crimen, pero no debía quedar restringida al área judicial o del Derecho Penal sino que debía extenderse a los medio preventivos y represivos del Estado. Los principales objetos de la Política Criminal, según Von Liszt eran<sup>41</sup>:

- La máxima eliminación de las penas cortas de prisión y el frecuente uso de la multa.
- La aplicación de la condena condicional donde fuere practicable.
- La ejecución de medidas educativas para [los] jóvenes delincuentes.
- La atención primordial a la naturaleza del criminal y de sus motivaciones.
- La consideración del Estado Peligroso.
- La profilaxis de la inclinación criminal en desarrollo [continuo] (habitualidad y aprendizaje criminal).
- La formación del personal penitenciario y de la administración del Derecho Penal.
- La recepción de medidas de seguridad [sólo] para aquellos supuestos en que lo aconsejaba el estado mental o la posibilidad de readaptación o corrección del delincuente.

La operatividad que exige la Política Criminal es establecer cuáles son las conductas delictivas que han de perseguirse hasta ser llevadas hasta el juicio oral. Sin una ponderación selectiva de esas conductas y ante la cada vez más aguda limitación de los recursos, el sistema se tornaría decididamente atentatorio contra una política criminal creíble con miras a desalentar la impunidad de los poderosos. La bagatela o delitos menores deberían recibir otros tratamientos a la luz de las legislaciones sustantivas y procesales modernas.

---

<sup>41</sup> BERISTAIN, Antonio y NEUMAN, Elías. *Política criminal*. año 2005. Consulta: agosto de 2008. Ver en web: <<http://www.monografias.com/trabajos42/politica-criminal>>.

En la actualidad el Estado peruano no tiene políticas en materia criminal en forma coherente con un sistema real de administración de justicia que incluya a la Policía Nacional<sup>42</sup>. El Estado tiene que invertir en cuestiones sociales, la mejor política criminal es una buena política social, resulta por ello fundamental insistir en la necesidad de mejorar los niveles de educación, sanidad, empleo, etc., para así rebajar la conflictividad social y, con ella los índices de delincuencia, es decir, que una de las principales formas para contrarrestar la inseguridad ciudadana es la inversión del gobierno en políticas públicas<sup>43</sup>.

Todo Estado de derecho democrático tendrá una política criminal permanente, como regla general y en forma excepcional será modificada en esencia solo cuando existen causas justificantes para una modificación o adecuación de nuevos lineamientos. Al parecer, todo está guiado por un populismo punitivo y el endurecimiento de penas (el afianzamiento de la intolerancia), pues las actuales características del sistema penitenciario que traduce y expresa la política criminal, no garantizan una función protectora de derechos fundamentales de los internos ni promueve otra posición a la clásica imposición de sanción limitativa de libertad. Por el contrario, se ha degenerado al nivel de ocasionar un mayor daño a la sociedad, por cuanto al delincuente se le asigna un valor peyorativo y estigmático que le impedirá una reinserción deseable. Así, se ha optado por desarrollar la parte más fácil del sistema penal: *sancionar y si ya hay sanción, incrementarla*. La sobrecriminalización está dirigida a los delincuentes de poca monta y es una garantía para aquellos que delinquen con millones de dólares, no es lo mismo entonces prevenir delitos vinculados al tráfico humano y a la pornografía infantil, que casos de peculado, cometido por funcionarios públicos de niveles medios e inferiores, ya que los principales funcionarios tienen derecho a la inmunidad y a un antejuicio político en el

---

<sup>42</sup> BERISTAIN, Antonio y NEUMAN, Elías. Ob. cit.

<sup>43</sup> RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos (Consorcio Justicia Viva, Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Defensa Legal, N.º 211, 19 de setiembre del 2005). *La mejor política criminal es una buena política social*. Consultada en noviembre de 2008. Ver en web: <<http://www.justiciaviva.org.pe/justicialmail/jm0211.htm>>

Congreso de la República, espacio que decidirá si se inicia un proceso judicial en su contra<sup>44</sup>.

## 2.4 La pena desde la perspectiva sociológica

La sociología<sup>45</sup> ha sido denominada ciencia de la sociedad, ciencia de las instituciones y estudio de las relaciones humanas<sup>46</sup>. El objeto de estudio de la sociología es, en todo caso, la sociedad en sí misma considerada más bien que el individuo. El individuo, como lo declararon los sociólogos estadounidenses

---

<sup>44</sup> BERMÚDEZ TAPIA, Manuel. *La fragilidad de la Política Criminal y los derechos fundamentales en el sistema penitenciario peruano*. 18 de junio del 2007. Consultada en noviembre 2008. Ver en: <<http://blog.pucp.edu.pe/item10842>>. Además se señala: “Para entender cómo se fundamenta la PC [entiéndase Política Criminal en adelante] en un Estado de Derecho, pasaremos a señalar algunas definiciones, empezando por la de Feuerbach (1803) quien define a la PC como aquel conjunto de métodos represivos por los cuales el Estado reacciona frente al crimen. Frente a esta primera clásica definición, Del Mas-Marty (1983: 148) realiza una interpretación moderna al considerar “la reacción” de Feuerbach como una “respuesta” estatal a situaciones de criminalidad que se presentan en la sociedad. Von Liszt, desde su percepción, califica a la PC como aquel conjunto sistemático de principios, con arreglo a los cuales deben organizar el Estado y la sociedad de lucha contra el crimen. Christine Lazerges (1991:77) realiza una definición multidisciplinaria al señalar que la “Política Criminal es una reflexión epistemológica acerca del fenómeno criminal, una descodificación del fenómeno criminal y de los empleados para luchar contra los comportamientos desviados o delictivos; la Política Criminal es, igualmente, una estrategia jurídica social basada en las elecciones ideológicas, para responder con pragmatismo a los problemas planteados por la prevención y la represión del fenómeno criminal, entendido en toda su extensión”.

<sup>45</sup> La sociología es empírica, porque su metodología se basa en la acumulación de conocimientos sobre fenómenos concretos, cuantificables y comprobables. Los métodos utilizados varían según el tipo de investigación (desde las encuestas rigurosamente realizadas, hasta el manejo de los datos estadísticos; desde el estudio histórico que conforman un determinado fenómeno hasta el análisis de sus causas, etc.), pero todos ellos llegan a tenerse a los postulados fundamentalmente que condicionan cualquier ciencia social. Al mismo tiempo la sociología es una disciplina que elabora teorías generales sobre el funcionamiento de la realidad social o sea integra. Los conocimientos que los estudios empíricos parciales o leyes de comportamiento de las sociedades y de los grupos sociales. Leyes proposición o hipótesis que sólo la experimentación posterior dirá si son total o parcialmente válidas. Desde esta perspectiva la sociología, al igual que la historia y otras ciencias sociales, debe permanecer abierta a las nuevas experiencias y teorías que surjan en el curso progresivo de la ciencia. MORENO, Angel. Ver en: <<http://www.monografias.com/trabajos10/soci/soci.shtml>> (aparece comentarios de este trabajo, en la misma página, desde febrero del año 2007). Hacemos la salvedad que dicha información se ha tomado en razón que nos es útil sólo para un entendimiento en general de lo que es la sociología, mas no como una fuente de información directa, toda vez que tendríamos que realizar un estudio profundo, serio y metodológico.

<sup>46</sup> ROMERO SOTO, Julio. Ob. Cit., p. 10.

William Graham Sumner y Albert Galloway Keller en su obra “La ciencia de la sociedad”, no tienen mayor consideración que la de una molécula en la constitución general de una bola de marfil, pues la sociedad vendría a ser una entidad diferente a la suma de sus elementos constitutivos. La mayoría de los sociólogos, sin embargo, consideran el estudio del individuo para comprender la sociedad<sup>47</sup>.

La *Sociología del Derecho*, en si misma considerada, hace relación a un control social formalizado, o a procesos en los cuales los miembros del grupo actúan de manera uniforme en su conducta a través de normas y reglamentos impuestos sobre ellos por la sociedad. Los factores que hacen surgir la formación de sistemas regulatorios, lo mismo que dentro de las razones para su adecuación o inconveniencia como medios de control. Solo después de la Segunda Guerra Mundial, la sociología jurídica empieza a desarrollarse en plenitud; sin embargo, la razón más importante para tal desarrollo es cuando se admite una definición sociología de las normas de derecho, aplicada al derecho de la concepción sociológica de Durkheim, la cual descansa en tres tesis<sup>48</sup>:

- a) El derecho es el fenómeno social, que hay que estudiar por el método de observación que ha demostrado el valor de las

---

<sup>47</sup> Ibídem. Además señala: “... de que la sociología tiene que ver mucho con los problemas que hacen relación a los valores, sentimientos e intereses que están muy ligados al corazón humano, ella se empeña en mantenerse alejada, absteniéndose de dar juicios sobre la bondad o inconveniencia de una institución, su propiedad o impropiedad. La sociología es y debe ser éticamente neutral ...”; y en la p. 11, señala que: “con el fin de llegar a una completa apreciación del hombre, los sociólogos a menudo se han visto obligados a recurrir a la biología, psicología, la antropología, geografía, historia, etc. Como quiera la vida social del hombre no puede encontrarse divorciada de sus actividades políticas y económicas (...) habiendo debido estudiarse diferentes aspectos de la vida social, la ciencia de la sociología ha tenido también que subdividirse en zonas especializadas de investigación, cada una de las cuales emplea técnicas propias. Esta subdivisión se hizo necesaria al tenerse en cuenta de que ningún individuo es experto en todos los aspectos de una materia que se encuentra por su naturaleza misma dividida en varias ramas”.

<sup>48</sup> ROMERO SOTO, Julio. Ob. cit., p. 12 y 14. Dicho autor en la p. 55, del libro citado, señala que: “En América Latina la sociología estuvo en sus comienzos mezclada con las especulaciones políticas y la filosofía de la historia; bajo la influencia del positivismo. Se hizo y se sigue haciendo filosofía de la historia, pero no sociología, aunque se han promovido investigaciones empíricas de etnografía, demografía en México, Colombia y Brasil. Se debe si destacar la obra de Josue de Castro, sociólogo brasileño, muerto en 1973; escribió las obras ‘El hambre’, ‘Geografía del hambre’, ‘Una zona explosiva el Nord-Est’. Especialista en problemas del subdesarrollo, fue profesor de la Universidad de Vincennes (París)”.

ciencias de la naturaleza, y no por medio de la introspección, de la apreciación puramente subjetiva.

- b) El derecho resulta de la presión social y no de las voluntades individuales.
- c) Esta presión social es la expresión de una conciencia colectiva caracterizada por el conjunto de creencias y sentimientos comunes al *promedio* de los miembros de una misma sociedad.

El objeto de la sociología jurídica, en el marco de la sociología general, es el de esforzarse por descubrir las leyes del derecho, es decir, las normas causales que explican la génesis, el origen y desarrollo, lo mismo que la sucesión de los sistemas y las instituciones jurídicas, en resumen la sociología jurídica tiene pendiente la tarea, la cual puede reducirse a cinco partes y ha consagrarse al estudio de:

- a) La génesis u origen de las normas jurídicas como algo diferente a las demás normas que rigen a la sociedad, problema al que va unido el del origen, diferencia y evolución de los modos de creación del derecho (las costumbres, la jurisprudencia y la legislación).
- b) El origen y desarrollo de las estructuras sociales, constituciones colectivas e individuos, así como las relaciones entre sociedades políticas (tarea más de la sociología política).
- c) La génesis u origen y desarrollo de las reglamentaciones jurídicas de las diversas categorías o clases de conductas sociales, de las formas y de las técnicas jurídicas.

- d) Las condiciones y los límites de efectividad de las normas jurídicas.
- e) El papel o rol del personal especializado en el campo del derecho (legisladores, jueces, administradores, consejeros jurídicos).

Los juristas sociólogos han concentrado sus investigaciones a las fuentes del derecho, a la aplicación de las reglas de derecho y sus modificaciones.

Alessandro Baratta<sup>49</sup> señala que para definir la sociología jurídica y, como sector específico de ella, la sociología del derecho penal (o sociología jurídico-penal), se debe establecer la extensión y los límites de “dos universos de discurso”. Para proponer semejante definición es preciso afrontar dos problemas. El primero concierne a la *unidad* y a la *autonomía* de la sociología jurídica; el segundo, a la noción de un campo específico de la sociología jurídica, que hoy ha adquirido particular actualidad e importancia; es decir, la sociología del derecho penal o sociología jurídico-penal y la relación de esta última con la sociología criminal. Para establecer la homogeneidad de un universo de discurso pueden seguirse al menos tres vías diversas, es decir, puede hacerse referencia al *punto de vista*, al *método* y al *objeto*. Solo el *objeto* puede hallarse, entonces, en la base de un discurso válido que tienda a definir la unidad y la autonomía de esta disciplina. El *objeto* de la ciencia jurídica son normas y estructuras normativas; y, el *objeto* de la sociología jurídica son los comportamientos y sus estructuras sociales. La filosofía del derecho tiene por objeto los *valores* conexos a los sistemas normativos. La teoría del derecho tiene por objeto la estructura *lógica-semántica* de las normas entendidas como proposiciones y problemas específicos de las relaciones formales entre las normas y entre ordenamientos. La teoría del derecho se distingue, por otra parte, de la teoría general del derecho, si se indica con este término el elevado

---

<sup>49</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Siglo veintiuno editores. Ensayo que reelabora en parte algunos de sus escritos publicados con anterioridad en diversas revistas, en los años 1972, 1975, 1976 y 1977. El volumen es también fruto de un curso impartido en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Bolonia en el año académico 1979-1980, pp. 9, 11, 12, 13 y 14.

nivel de abstracción de la dogmática, ciencia del derecho que parte del contenido de un sistema normativo dado y eleva el propio nivel de abstracción, esto es, elabora conceptos muy generales aún en un sentido histórico y comparativo.

El objeto de la sociología jurídico-penal corresponde a las tres categorías de comportamiento. Esta disciplina estudiará, pues, en primer lugar, los comportamientos normativos que consisten en la formación y aplicación de un sistema penal dado; en segundo lugar, estudiará los *efectos del sistema* entendido como aspecto “institucional” de la reacción al comportamiento desviado y del control social correspondiente; y, en tercer lugar, el conjunto que se subdivide en a) las reacciones no institucionales al comportamiento desviado, entendidas como aspecto integrante del control social de la desviación, en convergencia con las reacciones institucionales estudiadas en los dos primeros aspectos y b) un nivel de abstracción más alto, las conexiones entre un sistema penal dado y la correspondiente estructura económica social<sup>50</sup>.

Algunos de los que impulsaron la “nueva criminología” no han procedido del seno de los estudios criminológicos sino de la sociología general, y que la “nueva criminología” es, en buena parte, tributaria de la tradición clásica del pensamiento sociológico que ha vuelto a adquirir particular actualidad (Durkheim y Merton) y en cuyo ámbito el problema de la desviación (en cuanto Durkheim puede agregarse, como testimonio de la actualidad de su pensamiento, el fenómeno de la reacción social a la desviación) es tratado como un aspecto funcional de una determinada estructura socioeconómica<sup>51</sup>.

En ese sentido, la sociedad ejerce y debe ejercer un control sobre cada uno de sus miembros. Los sociólogos se refieren a este procedimiento “como control social” por medio del cual quieren significar el sistema o conjunto de instrumentos, el cual posibilita que la sociedad lleve a sus miembros a aceptar los modelos o “standards” de conducta. Julio Romero Soto cita al sociólogo E.

---

<sup>50</sup> Ídem, p. 14.

<sup>51</sup> Ídem, p. 19.



A. Ross, quien en su obra “El control social” (1901) señaló que el individuo posee sentimientos profundamente arraigados, tales como la simpatía, la sociabilidad y un sentido de justicia, los cuales lo hacen susceptible a la cooperación y a la consideración de su bienestar, y –no obstante- no resultan suficientes para dominar sus impulsos egoístas. La sociedad debe hacer uso de varios medios para someter al individuo al orden y disciplina necesarios. Así, plantea Romero Soto que el control social es toda influencia intencionada que, sin emplear la coacción física, se ejerce sobre una tercera persona origina el que un individuo o un grupo se comporte de distinta forma. La persona que se encuentra atada con una cadena o drogada por un medicamento, el que está sujeto por una camisa de fuerza, no está sometida a un control social<sup>52</sup>.

El control social no tiene solo una función conservadora o estática, sino que puede también preservar la unidad social dentro de la evolución y hacer que cada individuo desempeñe, en línea de progreso, la función que se espera de él. Los controles pueden ser positivos (órdenes, sugerencias) o negativos (tabúes, prohibiciones); pueden ser también formales (leyes, prescripciones) o no formales (aprobación difusa, burla, ridículo)<sup>53</sup>. Desde la perspectiva sociológica, específicamente desde la sociología jurídica, la pena será objeto de estudio como una manifestación social, ya que el derecho penal es un fenómeno que resulta de la presión social y no de las voluntades individuales (Durkheim), sobre todo como fenómeno de un tipo de control social formal (leyes penales), de las causas, aplicación y consecuencias en los comportamientos y estructuras sociales (Baratta).

## **2.5 La percepción del derecho penal y la pena**

El Derecho penal es la rama de la disciplina jurídica que estudia el fenómeno criminal (el delito, el delincuente y la pena). También se puede definir como el conjunto de normas jurídicas que regula el ejercicio del poder punitivo del Estado, asociando el delito como presupuesto y la pena como consecuencia jurídica, esto es, no hay pena si no hay delito. Como una de las ramas más

---

<sup>52</sup> ROMERO SOTO, Julio. Ob. cit., p. 113.

<sup>53</sup> *Ibídem*.

antiguas del derecho constituyó una de las armas fundamentales para la convivencia social. El poder penal corresponde al Estado, el cual debe ejercerlo de acuerdo a normas sustantivas y procedimientos preexistentes. El *ius puniendi*, o derecho a castigar, es ejercicio exclusivamente del Estado y, en algún caso, por la comunidad internacional<sup>54</sup>.

Según Claus Roxin, el Derecho penal se compone de la totalidad de todos los preceptos reguladores de los presupuestos y consecuencias de alguna conducta conminada con una pena o con alguna medida de seguridad y corrección. Entre sus presupuestos podemos contar las descripciones de las conductas delictivas como el homicidio, el hurto, las lesiones, etc., pero además las disposiciones sobre error, capacidad de culpabilidad, legítima defensa, etc., de las que se puede deducir en concreto cuándo lleva a sanciones penales una conducta que con una descripción delictiva. Entre las consecuencias se cuentan todos los preceptos sobre sanciones, los que se ocupan de la determinación o configuración de la pena, o de la imposición y cumplimiento de medidas de seguridad. Pena y medida son por tanto el punto de referencia común a todos los preceptos jurídico-penales, lo que significa que el Derecho penal en sentido formal es definido por sus sanciones. Si un

---

<sup>54</sup>CATENACCI, Imerio Jorge. *Introducción al derecho, teoría general, argumentación y razonamiento jurídico*. Buenos Aires, editorial ASTREA de Alfredo y Ricardo Depalma, 2001, pp. 366 y 367. Además señala: “**Principios:** El derecho penal incluye principios básicos que han sido receptados por los distintos sistemas jurídicos. En primer lugar tenemos que no existe ningún crimen, ninguna pena sin la existencia previa de una ley; en segundo lugar toda ley penal y todo tribunal llamado a aplicarla deben ser preexistentes al hecho y en tercer lugar nadie puede ser condenado sin ser previamente oído. **Escuelas penales:** La pena, es además, la privación de un bien dada por la ley e impuesta al responsable de una infracción penal. El principio de justicia exige proporcionalidad entre el delito cometido y la pena prevista. El tema de la proporcionalidad de la pena es filosófico más que jurídico, de allí la existencia de distintas respuestas dadas por las escuelas penales. Para la escuela *tradicional* o del *libre albedrío*, que cree en la libertad del hombre, la pena es impuesta porque quien realiza un acto con libertad debe pagar y responder de sus consecuencias, y es responsable penalmente aquel que ha cometido un hecho delictivo con *conciencia* y *libertad*, porque *sabía* lo que hacía y *quiso* hacerlo. Para esta escuela, el fin primordial de la pena es *retributivo*, el fin secundario será la *prevención*. Se castiga al reo para que no vuelva a delinquir y además para que sirva de ejemplo a los demás. Por lo tanto, es retributivo por razones de estricta justicia, y preventivo por razones utilitaristas, para que otros no delincan. Para las teorías positivistas, el delito no es consecuencia del libre albedrío, de la libertad de elección del sujeto, sino producto de los condicionamientos sociales, el delito es un fenómeno natural determinado por las causas sociales. Así, el fin de la pena no puede ser otro que el de la defensa social”.

precepto pertenece al Derecho penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad<sup>55</sup>.

El Derecho penal está, de un modo u otro, inmerso en el campo de la violencia. Violentos son, generalmente, los casos de los que se ocupa el Derecho penal (robo, asesinato, terrorismo, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos (cárcel, internamientos psiquiátricos, suspensiones e inhabilitaciones de derechos)<sup>56</sup>.

Elementos comunes a todas las formas de control social son la infracción o quebrantamiento de una norma, la reacción a ese quebrantamiento en forma de sanción y, el procedimiento a través del cual se constata el quebrantamiento y se impone la sanción. *Norma, sanción y proceso* son, pues, los conceptos fundamentales de todas las formas de control social. También en el control social que se lleva a cabo a través del Derecho penal están presentes; pero como es lógico, dada las peculiaridades de esta forma de control social, revisten unas características propias que dan lugar a disciplinas jurídicas separadas. El estudio de las normas, de las conductas que las infringen y de las sanciones aplicables a las mismas constituye el Derecho penal material o, simplemente, *Derecho pena*<sup>57</sup>.

Tradicionalmente se define el *Derecho penal objetivo* como un conjunto de normas jurídicas que asocian a la realización de un delito como presupuesto, la aplicación de penas y/o medidas de seguridad, como principales consecuencias jurídicas; pero, ¿qué se entiende por *norma jurídica penal* o, simplemente, por *norma pena*? Norma es toda regulación de conductas humanas en relación con la convivencia. La norma tiene por base la conducta

---

<sup>55</sup> CLAUS, Roxin. *Derecho penal, parte general, fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Tomo I. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, DE VICENTE REMESAL, Javier. 1ª edición 1997, Madrid, España, editorial CIVITAS S. A., Madrid, reimpresión 1999, pp. 41 y ss.

<sup>56</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 29.

<sup>57</sup> Ídem, p. 31.

humana que se pretende regular y su misión es la de posibilitar la convivencia entre las distintas personas que componen la sociedad<sup>58</sup>.

Con el nombre de *Derecho penal subjetivo*, se suele tratar los problemas de legitimidad del poder punitivo o *ius puniendi* del Estado. Inherente al poder estatal, el poder punitivo se justifica por su propia existencia, es decir, porque, guste o no, es una realidad, una amarga necesidad con la que hay que contar para el mantenimiento de una convivencia mínimamente pacífica y organizada<sup>59</sup>.

## 2.6 Fundamentos de la pena desde la teoría del delito

Según Roxin, el derecho del legislador a establecer penas, el *ius puniendi*, permitir reconocer que el legislador constitucional presupone la existencia de un derecho del Estado a penar. Pero con ello aún no se ha dicho nada sobre cómo tiene que estar configurada una conducta para que el Estado esté legitimado a penarla. Esta es la cuestión acerca del “*concepto material del delito*”, es decir, de la cualidad en cuanto al contenido de la actuación punible. Mientras que el *concepto formal del delito*, la conducta punible solo es objeto de una definición en el marco del Derecho positivo, el concepto material del delito es previo al respectivo Derecho penal codificado y pregunta por los criterios materiales de la conducta punible<sup>60</sup>. En ese sentido, se tienen los *hechos punibles* y las *contravenciones*<sup>61</sup> que no se distinguen por la presencia

---

<sup>58</sup> Ídem, p. 33.

<sup>59</sup> Ídem, p. 69.

<sup>60</sup> CLAUS, Roxin. Ob. Cit., pp. 51-52.

<sup>61</sup> Respecto a este punto Roxin, en su obra citada, en la parte XIII. La delimitación por su contenido entre la pena y otras sanciones similares a las penales. 1. *Delimitación respecto de la multa del Derecho contravencional*; señala: “... que en la mayoría de los casos la sanción de cierta conducta como contravención presenta una posibilidad adecuada cuando una infracción de la ley precisa una reacción estatal, pero por su menor peligrosidad social ya no es una pena criminal. Señala el autor, que la diferencia entre hechos punibles y contravencionales es predominante el tipo cuantitativo y no cualitativo. En el campo nuclear del Derecho penal las exigencias para la protección subsidiaria de bienes jurídicos requieren necesariamente un castigo penal en caso de delitos de un cierto peso. Al contrario de que en un principio se incluyan conductas como el hurto y la estafa en el “ámbito nuclear” y por ello se le asignen al Derecho penal, nada se opondría a que los casos de bagatelas en este campo se calificaran como contravenciones. De ahí que la delimitación entre delitos y contravenciones quedaría sometida en el terreno fronterizo al arbitrio del legislador y no

o falta de una lesión de un *bien jurídico*, puesto que ambos lesionan bienes jurídicos. Como señala el autor, el *principio de subsidiariedad* viene a ser el criterio de delimitación de ambos por su contenido, es decir, por este principio el legislador debe recurrir a la contravención y a la multa administrativa, en vez de la incriminación y la pena, cuando la perturbación social pueda anularse con la sanción menos onerosa (por evitar la pena de prisión y en todo caso los antecedentes penales) del Derecho contravencional mejor o tan bien como con la pena. Algunas veces queda descartada de antemano la pena como sanción puesto que la misma, solo se les puede imponer a los hombres, en cambio las personas jurídicas y las agrupaciones de personas solo pueden ser sancionadas con multas contravencionales<sup>62</sup>.

Para Naucke Wolfgang<sup>63</sup> el sistema del hecho punible tiene en principio, esbozado en forma simplificada, los siguientes elementos: tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad (causas personales de exclusión de punibilidad y causas personales de inclusión de punibilidad) y, presupuestos procesales e impedimentos de imposición de la pena.

En ese sentido, Wolfgang señala que es una realidad que el sistema del hecho punible se configura así, ya que este sistema es la base de cada tratado de derecho penal y está repetido en el ejercicio de decisión de casos en la universidad e impregna -aunque frecuentemente debilitado- la argumentación práctica de jueces, fiscales y defensores. La aplicación de cada precepto penal particular se procura mediante el sistema del hecho punible. Esto sucede para elevar la uniformidad y la racionalidad de la aplicación del derecho penal. Sobre esta función del sistema no se infiere nada de las leyes penales. En todo caso, el sistema pertenece a los capítulos no legalmente regulados de la parte general del derecho penal. El sistema del hecho punible es un desarrollo de la

---

obedece a leyes vinculantes en cuanto a contenidos, pero en casos de delitos graves en el ámbito nuclear de la delincuencia la punibilidad está absolutamente prefigurada por criterios de contenido" (ver pp. 71 y 73).

<sup>62</sup> Ídem, pp. 71-72.

<sup>63</sup> WOLFGANG, Naucke. *Derecho penal, una introducción*. Editorial ASTREA, de Alfredo y Ricardo Depalma SRL, Buenos Aires, 2002, p. 281.

ciencia del derecho penal, sobre todo de los siglos XIX y XX. El sistema del hecho punible no sujeto a ley, en tanto apunte a la racionalidad de la aplicación del derecho penal, es un mecanismo para introducir las nuevas valoraciones sociales del derecho penal<sup>64</sup>.

Más adelante, Wolfgang fundamenta la diferencia entre tipicidad, antijuricidad y culpabilidad en el sistema del hecho punible<sup>65</sup>. Sobre la construcción de este

---

<sup>64</sup> Ídem, p. 284.

<sup>65</sup> Ídem, p. 285. “Un hecho sólo puede ser penado si la punibilidad estaba prevista legalmente antes de que el hecho fuese cometido. La aceptación del primer elemento **tipicidad**, es sólo la adopción de un principio de política criminal asegurado en la Constitución. La **antijuricidad** es la consecuencia de una situación insatisfactoria de la técnica legislativa, es una indicación dirigida a todos los penalistas para analizar si puede entrar en discusión la impunidad de una acción típica debido a la existencia de una *causa de justificación*; sólo cuando se responde a esta pregunta claramente diciendo “no”, puede una acción típica ser tenida por antijurídica. No toda acción típica y antijurídica es punible. En todos los casos concretos, hay que discutir adicionalmente la **culpabilidad** de la tipicidad y de la antijuricidad. Hay que distinguir entre este concepto de culpabilidad del sistema de hecho punible y un **concepto de culpabilidad procesal** cercano. El concepto de culpabilidad del sistema del hecho punible es más estricto (ver pp. 285 y 286). En las pp. 287, 288 y 289, refiere, el empleo del término “culpabilidad” no es especialmente conveniente, porque aquella expresión despierta muchas asociaciones poético-morales y, en suma, no conduce a ideas fáciles de recordar. El término “*imputación subjetiva del hecho*” sería más técnico. “No hay pena sin culpabilidad”. El autor se hace las siguientes preguntas y entre otra cuestiones se responderá, *¿de dónde surge la necesidad de incorporar la culpabilidad al sistema del hecho punible?*, hay argumentos irrefutables que disculpan subjetivamente su conducta, por causas existentes en la persona del autor (por ejemplo, porque él no sabía lo que hacía; porque estaba ebrio; porque estaba mentalmente alterado; porque no quería este resultado y tampoco lo podía evitar); y *¿qué argumentos exculpan, y cómo se deben delimitar y ordenar esos argumentos?*, los argumentos, sus límites y su orden se definen de distinta manera en los diferentes sistemas políticos. Lo más importante es que el concepto de la culpabilidad tiene la función general de trasladar la atención jurídica desde el hecho (desde la lesión de una víctima) hacia el autor (su situación subjetiva y motivación). *La cuestión de culpabilidad es al mismo tiempo la pregunta por el grado de culpabilidad, o sea, por la determinación de la pena* (será castigado con mayor severidad el autor especial y subjetivamente malicioso), o que en la generalidad de los casos *es evidente que todas las teorías de la pena deben considerar la “culpabilidad” como presupuesto de la punibilidad*, y que en esto también se puede modificar el concepto de culpabilidad en su contenido. Si la pena debe retribuir, entonces sólo puede legítimamente encontrar al culpable; o si la pena debe resocializar, ello únicamente puede suceder con un culpable; porque al no culpable no se le puede cargar la actitud antisocial que requiere de resocialización; culpabilidad es aquí la necesidad imputable de resocialización. La formulación utilizada para la “culpabilidad”, según la **concepción jurídica predominante**, expresa: *culpabilidad es reprochabilidad*; con el juicio de culpabilidad se verifica que el autor subjetivamente se ha comportado mal, a pesar de que él hubiera podido comportarse correctamente. Esta concepción se designa como teoría de la *culpabilidad normativa*. El derecho penal parte del principio de que los hurtos, homicidios, defraudaciones, delitos económicos se pueden imputar; el fundamento de esta norma no reside en la teoría del libre albedrío, sino en la observación, reiteradamente confirmada, de que esta norma contiene un

sistema de ideas existe casi unanimidad. Pero debemos señalar, por ejemplo, que para Fernández Sessarego<sup>66</sup>, “cabe preguntarse: ¿si *toda la conducta humana es jurídica*, como [lo] ha demostrado<sup>67</sup>, cuál es la conducta designada como “antijurídica”? Desde la vertiente la teoría del derecho, (...) al ser jurídica toda la conducta humana intersubjetiva debemos concluir que no cabe utilizar la expresión de “antijurídica” para calificar a determinada conducta humana intersubjetiva. En definitiva, se debería eliminar esta expresión del léxico jurídico, ya que no existe objeto alguno en el mundo del derecho que responda a este vocablo. Existe lo jurídicamente permitido y lo jurídicamente prohibido, lo lícito y lo ilícito”. Así, añade la *fundamentación de la diferencia entre condiciones objetivas de punibilidad, causas personales de exclusión y de extinción de punibilidad, presupuestos procesales e impedimentos de imposición de la pena en el sistema del hecho punible*, que serían: 1) Las condiciones objetivas de punibilidad han sido registradas como partes del sistema del hecho punible<sup>68</sup>; 2) el elemento sistemático causas personales de

---

principio organizativo general de todas las sociedades y partes de la sociedad de esta época (ver pp. 290 y 291). Probablemente el principio de culpabilidad y su consecuente exigencia de exclusión social se pueda entender como el efecto de evitar una alternativa. La alternativa sería la sanción preventiva ilimitada o con una limitación voluntaria, no confiable. Quizá también se pueda entender al principio de culpabilidad como resignación frente a las dificultades jurídicas, políticas y pedagógicas de la prevención mediante la pena. El autor culpable es aquel a quien el hecho se le imputa subjetivamente, es quien no ha obrado en situación excepcional liberadora de pena. La imputación subjetiva nunca excluye la cuestión de si el autor puede y debe ser ayudado debido a su clase social (ver p. 294). La discusión en torno al sistema del hecho punible están en primer término los elementos *tipicidad, antijuricidad y culpabilidad*; que se deben observar estos elementos en cada caso de ejercitación y en cada caso real, y precisamente surge en su función práctica (ver p.296).

<sup>66</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Algunas reflexiones sobre la antijuridicidad del delito y las penas privativas de la libertad a la luz de la teoría del derecho*, en Biblioteca Jurídica Virtual, Revista Jurídica, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008. Consultada en enero 2009. Ver en la web: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/87/art/art6.htm>>

<sup>67</sup> SESSAREGO señala, “... la expresión “jurídico” tiene los mismos alcances conceptuales que “derecho”. Ambas expresiones aluden al mismo objeto y a la misma disciplina. Según el Diccionario de la Real Academia, el vocablo “jurídico” significa “lo que atañe al derecho, o se ajusta a él. El mismo autor lo señala “la conducta humana intersubjetiva es el elemento primario en cuanto el derecho sólo tiene sentido para la vida humana. Sin vida humana no hay valores, en tanto éstos son “en” y “para” la vida humana, así como tampoco se requerirían de normas jurídicas ya que éstas aparecen a raíz de una exigencia existencial del ser humano en cuanto ser social”.

<sup>68</sup> El mismo autor señala: “... que las condiciones objetivas de punibilidad como elemento del sistema del hecho punible ya son una consecuencia de las partes sistemáticas tipicidad-antijuricidad-culpabilidad. La culpabilidad debe relacionarse con la tipicidad, que entonces

exclusión y de extinción de punibilidad, refiere al respecto importante de la conducta del autor<sup>69</sup>; 3) los presupuestos procesales e impedimentos de imposición de la pena como parte del sistema del hecho punible<sup>70</sup>; 4) esencialmente, las partes sistemáticas “condiciones objetivas de punibilidad”, “causas de exclusión y de extinción de punibilidad” junto a los “presupuestos procesales” e “impedimentos de imposición de la pena” cumplen una función paralela a la de los elementos sistemáticos tipicidad-antijuricidad-culpabilidad; y 5) existe, sin embargo, una diferencia práctica importante entre los elementos sistemáticos tipicidad-antijuricidad-culpabilidad, por un lado, y las condiciones objetivas de punibilidad-causas de extinción y de exclusión de punibilidad-presupuestos procesales-impedimentos de imposición de la pena, por el otro. Hay que observar el sistema para cada ejercicio de decisión de casos y para cada decisión real como instrumento de trabajo. Pero mientras la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad deben discutirse siempre, o sea, en cada caso tienen que ser mencionadas y tratadas, los elementos restantes necesitan ser tratados únicamente si existe motivo para ello.

---

únicamente puede ser penado, quien puede decidirse por la realización de la tipicidad. Las condiciones objetivas de punibilidad son elementos de la descripción del hecho que deben ser extraídos de la relación entre tipicidad y culpabilidad” (ver pp. 297, 298 y 299).

<sup>69</sup> Señala que: “... el *desistimiento voluntario* de la tentativa es una causa personal de extinción de punibilidad. La extinción de la punibilidad únicamente beneficia al autor que desiste por sí mismo, pero no a los eventuales partícipes que no lo han hecho. Los elementos tipicidad-antijuricidad-culpabilidad están definidos de tal forma que la ubicación del desistimiento voluntario de la tentativa resulta imposible, por ejemplo, como causa que excluye la tipicidad, como causa de justificación o como causa que excluye la culpabilidad. Si el desistimiento voluntario de la tentativa estuviese ubicado como una causa de justificación o como una causa que excluye la culpabilidad, la tentativa de homicidio aparecería en general como no punible, lo que no correspondería al contenido de desvalor. Las circunstancias que se valoran como desistimiento liberador de pena se producen recién después del hecho. La pena merecida por el hecho queda anulada por hechos posteriores (causa de extinción de punibilidad). Las circunstancias que se valoran, como parentesco liberador de pena en el encubrimiento, se hallan en el momento del hecho, entonces ni siquiera dejan originar la punibilidad; por ello el parentesco en el encubrimiento es una causa personal de inclusión de punibilidad” (ver pp. 209, 300 y 301).

<sup>70</sup> Es: a) Determinados hechos punibles sólo se persiguen a instancia de parte por el lesionado. Si falta la instancia de parte, el hecho queda impune. La ausencia de instancia de parte funciona en la práctica como una causa de justificación o de extinción de punibilidad. b) Un hecho punible no se puede perseguir más cuando la persecución está prescripta (ver pp. 301, 302 y 303).



Por otro lado, ante la existencia de la *teoría de la pena proporcional al hecho*<sup>71</sup> o de la pena proporcional al hecho, Bernardo Feijoo Sánchez<sup>72</sup> sostiene que la *corriente neoproporcionalista* en materia de determinación de la pena pretende desarrollar criterios de proporción con el hecho en el marco de una teoría de la *prevención intimidatorio* y, de esta manera, desliga la justificación social de la pena de los criterios que sirven para distribuir las penas en concreto. En adición a ello, para el profesor español la orientación de este modelo es de tipo retrospectiva y no prospectiva, una concepción de la determinación de la pena relacionada con la idea de una prevención general limitada por la culpabilidad y proporcionalidad con el hecho delictivo con las valoraciones desde *la perspectiva de la víctima* (desvalor del resultado o afectación al bien jurídico).

---

<sup>71</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena*. INDRET. Revista para el análisis del Derecho, enero 2007, 1, Barcelona, pp. 5-6. Consultado en enero 2011, en la Web: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/78725/102801>. Sostiene que “No es posible entender la teoría de la pena proporcional al hecho si no es en el contexto de su oposición teórica a los efectos perniciosos de una praxis judicial orientada a la prevención especial”. Más adelante añade “Que los autores denominados como neoclásicos o proporcionalistas han venido propugnado una concentración en las características del hecho a la hora de determinar la pena porque entendieron las tendencias preventivo-especiales existentes hasta los años setenta y ochenta en países como Estados Unidos, Suecia y Finlandia concedían al órgano judicial una discrecionalidad excesiva que estaba conduciendo a una aplicación desigual del ordenamiento jurídico penal y a un trato discriminatorio de determinados individuos o tipos de individuos”.

<sup>72</sup> Ídem. P. 7. “Como ya he señalado, aunque la teoría tiene un origen anglosajón y escandinavo, se trata en estos momentos de uno de los modelos teóricos de mayor empuje en la doctrina alemana, especialmente por las interesantísimas aportaciones de HORNLE en esta materia.

Nos encontramos ante un modelo de determinación de la pena orientado retrospectivamente y no prospectivamente, que representa uno de los intentos más serios de desarrollar una teoría de la determinación de la pena relacionada con la idea de una prevención general limitada por la culpabilidad y la proporcionalidad con el hecho delictivo. La idea esencial es que se trata de buscar cuál es la pena justa que el autor debe soportar por su hecho, en vez de centrarse en buscar con la pena influencias en el propio autor o en terceros. Mientras la conminación penal abstracta estaría dirigida a los potenciales delincuentes, esta es una orientación que, según los neoproporcionalistas, no puede tener cabida en el momento de imposición judicial de la pena, donde pasarían a primar las valoraciones desde la perspectiva de la víctima (del desvalor del resultado o afectación al bien jurídico)”.

## 2.7 Definiciones y fundamentos de la pena en general

Según el Código Penal del Perú, en su TÍTULO III, DE LAS PENAS, Capítulo I, CLASES DE PENA, en el Art. 28, señala que las penas aplicables de conformidad con este Código son:

- **Privativa de libertad,**
- Restrictivas de libertad,
- Limitativa de derechos, y
- Multa

A partir de ello, se puede definir a la *pena* como un castigo o una sanción frente a un hecho no aceptado por la sociedad; es decir, como alguna limitación de un derecho fundamental, por ejemplo la libertad. La pena (del lat. *poena*) es un castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta. Así, por ejemplo, se tiene la **Pena del Talión**, la que imponía al reo un daño igual al que él había causado<sup>73</sup>.

Según Guillermo Cabanellas, la *pena* es la sanción previamente fijada por ley, para quién comete un delito o falta, también especificados. La etimología de esta palabra ofrece razón tanto a los que consideran en la *pena* un mal, como aquellos que la interpretan cual expiación o medida regenerativa. Asimismo, en el **concepto básico**, Cabanellas señala la noción unificadora que presenta, puesto que casi no subsiste otra idea que la consideración de la *pena* como consecuencia jurídica del *delito o falta* y en tanto que reacción social contra una u otra. Sin embargo, basta mencionar el proceso y la responsabilidad civil para

---

<sup>73</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Tomo II, vigésima segunda edición, Madrid, editorial ESPASA CALPE S. A., edición escrita 2001, acabado de imprimir en enero de 2002, p. 1719. Además: Edición escrita 1992. Vigésima Primera Edición en CD-ROM. 1998, señala: "**PENA**. Del lat. *poena*. 1. f. **Castigo** impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta. 2. f. Cuidado, aflicción o sentimiento interior grande. 3. f. Dolor, tormento o sentimiento corporal. 4. Pena accesoria: Der. De la que se impone según ley, como inherente, en ciertos casos, a la principal. 5. Pena afflictiva: Der. La de mayor gravedad, entre la de las clase primera, que señalaba el código penal"; y como: "**CASTIGO**. De castigar. 1. m. Pena que se impone al que ha cometido un delito o falta. 2. m. ant. Reprensión, aviso, consejo, amonestación o corrección. 3. m. fig. Tratándose de obras o escritos, enmienda, corrección. 1. fr. Fig. Ser penosa o ardua".

probar que no todas las consecuencias jurídicas de la delincuencia constituyen *penas*, y que si bien la reacción colectiva posee índole penal porque inspira o apoya las medidas que el *poder público* organizado adopta contra violaciones del orden estatal constituido, no integra actitud lícita en todo caso, puesto que llevaría a consagrar procedimientos salvajes como el del linchamiento. Es exacto lo de reacción social de la *pena* si se contrapone a la acción individual contra el malhechor o agresor; porque, aun legitimada tal conducta del agredido o de su amparador, ello no configura *pena*, sino defensa legítima u otra manifestación tolerada<sup>74</sup>.

Por otra parte, Muñoz Conde y García Arán señalan que el concepto de pena se plantea, en principio, de manera formal. Así, pena es el mal que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables del mismo<sup>75</sup>. Entender la pena y su entorno implica distinguir sus tres aspectos: justificación, sentido y fin. La pena se justifica por la necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales y la convivencia de personas en una comunidad. Sin la pena, la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible. Su justificación no es, por consiguiente, una cuestión religiosa o filosófica, sino una amarga necesidad<sup>76</sup>.

Por otra parte, Roxin señala que se cuenta con dos penas principales: la pena privativa de libertad, esto es, la prisión y la de la multa, además de dos penas accesorias: la pena de privación del patrimonio y la de privación del derecho de conducir. La diferencia entre pena principal y accesoria consiste en que las principales pueden imponerse en su caso por sí solas, mientras que las accesorias solo se pueden imponer junto con la condena a una principal. Por consiguiente, nadie que haya cometido un delito de circulación puede ser castigado solo con privación del derecho de conducir, sino que tal imposición sucede al mismo tiempo que la pena privativa de libertad o multa. Resulta importante para el autor establecer la diferencia entre las dos consecuencias

---

<sup>74</sup> CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, tomo VI, 26ª edición, revisada, actualizada y ampliada, Bs. As., Argentina, editorial HELIASTA S.R.L., 2001, p.182.

<sup>75</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit. p. 46.

<sup>76</sup> Ídem, pp. 47-48.

jurídicas para comprender el moderno Derecho penal que prescinde de algunas cuestiones polémicas en función de la pena y medida. Así, toda pena presupone culpabilidad del sujeto cuando cometió un hecho en el pasado y, en cambio, toda medida presupone a su vez una continuada peligrosidad en el futuro<sup>77</sup>. Asimismo, el mencionado autor señala que:

“...el Derecho disciplinario no es Derecho penal, porque el castigo disciplinario de infracciones no es una pena, de modo absolutamente general el legislador está obligado a utilizar los conceptos de pena de privación de libertad, de arresto, de orden y de multa sólo para sancionar delitos”<sup>78</sup>.

Para Roxin debe existir una delimitación por su contenido entre la pena y otras sanciones similares a las penales. Así, se tiene: 1) delimitación respecto de la multa del Derecho contravencional; 2) delimitación respecto de las medidas disciplinarias; 3) delimitación respecto de los medios coactivos y de orden de las leyes procesales y leyes análogas; y 4) delimitación respecto de las penas privadas<sup>79</sup>.

No hay un concepto universal de pena, dado que los conceptos de la misma no son aceptados de manera uniforme por los tratadistas, debido a que existen tantos Estados como estudiosos que adecuan el sentido u objetivo que quieren darle o entienden sobre la concepción de la pena, o su definición en sí, es

---

<sup>77</sup> CLAUS, Roxin. *Derecho penal, parte general, fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Tomo I, traducción de la 2ª edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, DE VICENTE REMESAL, Javier. editorial CIVITAS S. A., Madrid, España, 1ª edición 1997, reimpresión 1999, pp. 41-43.

<sup>78</sup> CLAUS, Roxin. Ob. cit., pp. 43-44. Además señala: “... que en el **Derecho penal accesorio**. Existe un gran número de leyes de todos los campos del ordenamiento jurídico, que sancionan con pena la vulneración de determinados preceptos contenidos en ellas. A la suma de los preceptos penales contenidos fuera del Código Penal en leyes especiales se la denomina “Derecho penal accesorio”; de otro lado, dicho autor indica que el Derecho penal trata las conductas conminadas con pena de acuerdo a sus presupuestos y consecuencias que éstas causen; así que, se ocupa del objeto propiamente dicho, de la materia de la Justicia penal y se le denomina por ello también “Derecho penal material”; éste debe delimitarse de otros campos jurídicos emparentados que sólo junto con el Derecho penal regulan legalmente todo el campo de la Justicia penal y que hacen del hecho, el autor y la persecución penal el objeto de los esfuerzos legislativos y científicos. Los más importantes son el Derecho procesal penal, el Derecho de la medición de la pena, el Derecho penitenciario, el Derecho penal juvenil y la criminología...”.

<sup>79</sup> Ídem, pp. 71-73; 73-75; 75-76, y 76-77, respectivamente.

decir, existen demasiadas teorías o corrientes sobre dicho tema. Por ejemplo, se parte del concepto de pena como objeto de un análisis, se sabe que un estudio que pretende abarcar todo el problema que engloba este pacífico tema los obligaría a comenzar por una concienzuda mirada al concepto en sí, a su papel en las ciencias, a su conformación, a su naturaleza particular (ciencias naturales o ciencias sociales), etc. Se debe entender que los conceptos son el fruto y el reflejo de un devenir histórico concreto, en consecuencia para comprenderlos en toda su profundidad, deben ser expuestos en este acontecer, asimismo, los conceptos que atienden aspectos generales del ser social (como es la pena), se nutren o conforman a partir de la interpretación de la experiencia social no de referentes empíricos como la errónea concepción positivista de la sociedad que ha tratado de imponer en el pensamiento. Tomando en cuenta que lo social es un fenómeno complejo o un todo, han de viajar a lo abstracto, y, de este, a lo concreto, teniendo en cuenta que ese ser social solo existe dividido en parte, en lo abstracto, pero en lo concreto esas partes se expresan en un todo siendo necesario, por último que se refrende en la práctica social<sup>80</sup>.

Couso Salas cita a Zaffaroni, quien señala que la pena es un hecho de poder desprovisto de toda racionalidad y legitimidad, que sobrevive al margen de los escritos de los juristas porque a los hechos de poder no es su legitimidad lo que los sostiene sino su poder. Por ello, señala Zaffaroni, es contradictorio tratar presupuestos de la punibilidad como condiciones de legitimidad de la pena, dado que la pena, ni respeta estas condiciones ni puede llegar a legitimarse por el hecho de que llegue a respetarlas en una medida mínima, lo que probablemente es el supuesto de Zaffaroni:

“...es que no puede haber pena legítima, en ninguno de los sistemas penales conocidos, aún cuando ello se deba sólo al margen de selectividad arbitraria en el funcionamiento real de los mismos: una pena que individualmente cumpla con todos sus requisitos de legitimidad deja de ser ilegítima si en otros casos

---

<sup>80</sup> RODRÍGUEZ PÉREZ DE AGREGA, Gabriel. *El concepto de pena*. En Cuba. Consultada el 19 de septiembre de 2008. Ver en: <<http://www.monografias.com/trabajos48/concepto-pena-cuba>>.

sustancialmente iguales deja de imponerse, a pesar de que se den también todos los requisitos de legitimidad”<sup>81</sup>.

De lo anterior se resume que la legitimidad de la pena individual también depende de los niveles generales de equidad en el funcionamiento del sistema penal.

Según Günther Jakobs, el contenido y función de la pena no deben ser independientes del orden, ni de la comprensión de su sentido; es decir, con respecto al orden un Estado que deba concentrar sus fuerzas para el asegurar su existencia empleará la pena de modo que al menos a corto plazo garantice su eficacia, mientras que un Estado sin problemas agudos puede asumir la inefectividad a corto plazo, para conseguir a largo plazo la paz interna; con respecto a la comprensión del sentido del orden, de esto depende que se entienda la pena de la teoría de conflictos como medio de lucha de la clase dominante o en general de grupos dominantes en la sociedad, o medio de defensa frente a pretensiones de dominio ilegítimas, que hiera la espada de superioridad guiadas según ideas religiosas, o que el autor sea castigado por su propia voluntad, porque él es parte del contrato social. Jakobs cita a Achter, quien señala *“que la pena es siempre reacción ante infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma”*. Jackobs explica que se trata de un problema normativo: de la asignación de un suceso perturbador a quien a de soportar aquellos costes que son necesarios para eliminar la perturbación. Los conceptos que son empleados para caracterizar a la pena dependen del contexto, especialmente los de infracción de la norma y responsabilidad. Cuando hoy se considera evidente que solo puede hacerse responsable de una infracción normativa a quien por si mismo ha participado en ella, activamente o no impidiendo, este punto de vista propone que los miembros de la sociedad pertenecen a ella directamente. *La pena hay que definirla positivamente: es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable*. De ahí

---

<sup>81</sup> COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad. Historia, teoría y metodología*. Valencia, editorial TIRANT LO BLANCH, 2006, pp. 42 y 44.

surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada<sup>82</sup>.

En ese sentido, Juan Jacobo Rousseau, en su famoso libro “El contrato social”<sup>83</sup>, señala que el *contrato social* tiene por fin la conservación de los contratantes. El que quiere el fin quiere los medios, y estos medios son, en el presente caso, inseparables de algunos riesgos y aún de algunas pérdidas. El que quiere conservar su vida a expensas de los demás, debe también exponerla por ellos cuando sea necesario. En consecuencia, el ciudadano no es el juez del peligro a que la ley lo expone, y cuando el soberano le dice: “*es conveniente para el Estado que tu mueras*”, debe morir, puesto que bajo esa condición ha vivido en seguridad hasta entonces, y su vida no es ya solamente un beneficio de la naturaleza, sino un don condicional del Estado. *La pena de muerte inflingida a los criminales* puede ser considerada, más o menos, desde el mismo punto de vista: Para no ser víctima de un asesinato es por lo que se consiente en morir si se degenera en tal. En el *contrato social*, lejos de pensarse en disponer de su propia vida, sólo se piensa en garantizarla, y no es de presumirse que ninguno de los contratantes premedite hacerse prender. Por otra parte, todo malhechor, atacando el derecho social, se convierte por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes y le hace la guerra. La conservación del Estado es entonces incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y al aplicarle la pena de muerte al criminal, es más como a enemigo que como a ciudadano. El proceso y el juicio constituyen las pruebas y la declaración de que ha violado el *contrato social*, y por consiguiente, que ha dejado de ser miembro del Estado. Ahora bien, reconocido como tal debe ser suprimido por medio del destierro como infractor del pacto o con la muerte como enemigo público, porque tal enemigo no es una persona moral sino un hombre, y en ese caso el derecho de la guerra establece matar al vencido.

---

<sup>82</sup> GÜNTHER, Jakobs. *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. Segunda edición, Madrid, España, editorial Marcial Pons, ediciones jurídicas S. A., 1991 (impreso en España 1997), pp. 8 y 9.

<sup>83</sup> ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El contrato social*. Lima, editorial mercurio S. A., 1750, p. 38.

Por tanto, toda sociedad, por más pequeña que sea, tiene sus propias reglas de convivencia (que es implícita para cada uno de sus miembros); pero que estas al ser violadas por un individuo o varios de ellos, este (o estos) deja(n) de pertenecer a ella, en razón que estarían actuando en contra de su sociedad de la que forman parte; por lo que dicha sociedad debe defenderse de este(os) individuo(s), de manera que los combatirá, ya que aquel (o aquellos) individuo(s) ha (o habrían) tomado la decisión de no ser parte de ese acuerdo social, entonces, será legítimo darle una pena como medio de defensa. Actualmente, los mecanismos de control (rígidos o no), tienen leyes, así se sanciona el delito con una pena, por ejemplo de privación de la libertad. Desde esta perspectiva, la pena ya no se tomaría como un castigo en sí, es decir, como un fin inmediato, sino en realidad sería un medio de defensa para que el Estado no sea carcomido; en ese sentido, no se identificaría a la pena como castigo, y al individuo como un medio o fin de la pena, es decir, la instrumentalización del ser humano, como una cosa<sup>84</sup>; según se desprende de

---

<sup>84</sup> Ver en: DONNA, Edgardo Alberto. *Teoría del delito y de la pena, fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad*. Tomo I. 1ª edición 1992; 2ª edición actualizada y ampliada 1996, Bs. As., Argentina, editorial ASTREA de Alfredo y Ricardo Depalma, 2ª reimpresión 2003, pp. 55-58; dicho autor cita a *Kant*, que dentro del desarrollo del punto: ***Kant y las teorías que ven en la pena una retribución***, señala que según el autor, "... las teorías que le dan un *fin de prevención a la pena*, desde esta perspectiva, degradan al hombre, ya que lo utilizan como medio para otros fines. Afirma que para Kant el concepto de *derecho penal* contiene cinco elementos: a) es una potestad; b) compete a una parte del poder público, por lo cual la pena jurídica no es venganza instintiva de la sociedad; c) la potestad debe aplicarse contra un individuo sometido al derecho; d) la potestad punitiva se ejerce contra alguien por haber delinquido, y e) en la pena se infringe un mal al delincuente. Está claro, entonces, que la pena juega como represalia, como retribución, frente a un hecho delictivo. La *represalia es un principio formal*, lo cual se entiende como *un principio de igualdad*, similar al que cumple el fiel de la balanza; el criterio entonces para aplicar el castigo es entonces la igualdad, que es la balanza de la justicia, por tanto cualquier daño inmerecido a otra persona, se lo ocasiona la propia persona que lo hace. De lo que se puede deducir, que un homicidio debe ser castigado con la muerte, y aun así no se compensaría el daño ocasionado, este es el error que el autor encuentra en la teoría de Kant. Según el autor Kant fundamenta su teoría de la pena distinguiendo *la pena judicial de la natural*, donde en la última el legislador no interviene, porque la naturaleza ejerce castigo sobre ella misma. En la pena judicial Kant expresa enfáticamente que no puede servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente, sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsela sólo porque ha delinquido, porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real, siendo esto la consecuencia del nexo existente entre la pena y la culpabilidad. *El delito entonces es una rebelión libre del hombre en contra de la ley*, y esto es lo que justifica el castigo, y no algún tipo de fines sociales que podría convertir al ser humano en medio para otra cosa, lo que sería éticamente intolerable. Es justo en este punto donde la teoría de la retribución de



Jakobs y Rousseau. No como se ha tomado anteriormente, en el estudio del castigo, donde -por ejemplo- el castigo es infligido a un individuo para que se corrija, sino que sería la reacción inmediata, de defensa contra el que daña a la sociedad porque no atenta contra uno solo, es por la seguridad que sobrevivimos y el que atenta merece ser penado.

## 2.8 Alcances sobre los fines de la pena

Roxin<sup>85</sup> desarrolla el *fin de la pena y las teorías penales*; de lo dicho por el autor se entiende que de acuerdo con el cometido del Derecho penal y por tanto de las disposiciones penales se debe diferenciar el *fin de la pena* que se ha de imponer en el caso concreto. Se dice que el Derecho penal tiene que servir para proteger de manera *subsidiaria* bienes jurídicos y con ello para el libre desarrollo del individuo, así también para el mantenimiento del orden social basado en dicho principio; entonces de acuerdo con lo anterior sólo se determina, de momento, qué conducta puede conminar el Estado. Sin embargo, no se tiene claro, de qué manera debería surtir efecto la pena para cumplir con la misión del Derecho penal. La teoría de la pena deberá responder a dicha pregunta, la cual, ciertamente, siempre tiene que referirse al *fin del Derecho penal*.

*La teoría de la retribución (teoría de la justicia, de la expiación)*. Según Roxin, esta teoría no encuentra sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de una teoría “absoluta” porque para ella el fin de la pena es independiente, desvinculado de su efecto social. Cita a Kant, quien refiere “que todo aquel que haya participado en un asesinato deberán sufrir la muerte” (ver p. 82), porque cuando perece la justicia ya no tiene valor alguno el que los

---

Kant es infinitamente superior a las teorías de la prevención de la pena, ya que en ellas no se permite el castigo al inculpable, siendo necesario por razones de prevención, si se permite *el uso como medio del ser humano*”.

<sup>85</sup> CLAUS, Roxin. Ob. cit., respecto al fin de la pena; las teorías penales (ver p. 81). 1. La teoría de la retribución (teoría de la justicia, de la expiación), ver pp. 81-85. 2. Teoría de la prevención especial (ver pp. 85-88). 3. La teoría de la prevención general (ver pp. 88-93). 4. Las teorías unificadoras retributivas (ver pp. 93-95).

hombres vivan sobre la tierra; y cita a Hegel, quien participa que la anulación del delito sería el restablecimiento del Derecho; ambos no reconocen formas preventivas como fines de la pena. Por otro lado, en la jurisprudencia cualquier pena criminal es, según su esencia, una retribución mediante la causa de un mal (capacidad de impresión psicológicosocial). No obstante, la teoría de retribución ya no se puede sostener de manera científica, pues la finalidad del Derecho penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos. Como “teoría de la expiación”, la teoría de la *compensación* de la culpabilidad tampoco puede convencer, porque entonces el autor aceptaría la pena previamente como justa compensación de la culpabilidad, que asimila moralmente su comportamiento delictivo, recobrando por dicha expiación su integridad humana y social.

*Teoría de la prevención especial.* Según Roxin, esta teoría consiste en lo opuesto a la teoría de la retribución, ya que la misión de la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos, lo cual significa que la pena está absolutamente dirigida a la prevención. Al contrario de la teoría de retribución, la teoría de prevención especial es relativa y continúa con el *principio de resocialización*, protección del individuo y de la sociedad, es decir, no permite expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo y cumple, de esta forma, con el principio del Estado social. Señala *qué hacer con los autores que no necesitan resocialización*, lo cual surgiría no solo con muchos autores de hechos imprudentes y con autores ocasionales de pequeños delitos, sino también con autores de delitos graves (en los que no existe peligro de reincidencia). Por ello, la voluntad innecesaria de forjar un camino hacia la resocialización de autores de hechos delictivos ha originado una desaprensión internacional. Al relacionar la teoría preventiva con la actividad jurisdiccional en la determinación de la sanción punitiva, Eduardo Demetrio Crespo<sup>86</sup> considera

---

<sup>86</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo; Luís ARROYO ZAPATERO, Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ, Nicolás GARCÍA RIVAS, José Ramón SERRANO PIEDECASAS, Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, et al. *Curso de Derecho penal. Parte general*. 2a edición, adaptada a la reforma de 2010 del Código penal español, Barcelona, España, editorial ediciones experiencia S.L., 2010, P. 501. “La individualización judicial es de naturaleza, fundamentalmente, preventivo – especial. Sin que las consideraciones de prevención general estén del todo ausentes, ya que una condición *sine qua non* de la virtualidad preventiva de la pena es que ésta no quede en mera amenaza retórica. La colectividad ha

que la individualización judicial de la pena es sobre todo de naturaleza preventiva especial, si bien adquiere rasgos del carácter preventivo general.

Acerca de *La teoría de la prevención general*, Roxin señala que es una teoría penal tradicional que no acepta el fin de la pena en la retribución, ni en la influencia de esta sobre el autor, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación. Aquí también se trata de la prevención de los delitos, pero no sobre el autor específicamente, sino sobre la comunidad. En su aspecto *negativo* esta teoría se describe con el concepto de la intimidación de otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes; no obstante, indica que en las personas que tengan tendencia a la criminalidad no funciona la intimidación. El aspecto *positivo* de esta teoría consiste en que la prevención general busca la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico.

En la prevención general se puede distinguir tres fines y efectos importantes: el *efecto de aprendizaje*, motivado socialpedagógicamente; el *ejercicio de la confianza del Derecho*, que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el *efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica*; y, por último, el *efecto de pacificación*, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción. Para Roxin esta teoría presenta considerables deficiencias teóricas y prácticas, al igual que la teoría de prevención especial, pues no incluye la delimitación de la duración de la pena. Más todavía, la idea de intimidación tampoco ayuda a reducir hechos delictivos y la resocialización debe ayudar al condenado, lo cual pesa sobre el autor por motivos de la comunidad; por último la teoría preventivo general comparte el efecto de la teoría de la retribución de no poder dar impulso alguno a la ejecución de la pena.

En cuanto a *Las teorías unificadoras retributivas*; Roxin señala que estas teorías mixtas o unificadoras, fueron absolutamente dominantes y que hasta

---

de conocer cuando la Ley penal conmina la realización de ciertos comportamientos con una sanción, lo hace seriamente”.

hoy son determinantes en la jurisprudencia, consisten en una combinación de las concepciones antes mencionadas. Aquí se considera a la retribución, la prevención especial y la prevención general como fines de la pena que se persiguen simultáneamente. La función de una teoría mixta o unificadora capaz de sostenerse en las condiciones de hoy en día consiste en anular, renunciando el pensamiento retributivo, las posiciones absolutas de los respectivos y, por lo demás, divergentes planteamientos teóricos sobre la pena; de tal forma que sus aspectos acertados sean conservados en una concepción amplia y que sus deficiencias sean amortiguadas a través de un sistema de recíproca complementación y restricción, en último término se puede hablar de una *teoría unificadora preventiva*.

## **2.9 La pena privativa de libertad**

Según el artículo 29 del Código Penal, respecto de la duración de la “*pena privativa de libertad*”, esta puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de 2 días y una máxima de 35 años.

La pena privativa de libertad es toda aquella que significa para el reo la permanencia constante, durante el tiempo de la condena, en el establecimiento penitenciario que se le fije. Con distintos nombres, variable duración y trato más o menos riguroso, pertenecen a esta especie las de cadena perpetua o temporal, reclusión, presidio, prisión o arresto<sup>87</sup>.

Carlos Fernández Sessarego<sup>88</sup> señala que a nivel de la ciencia y de la codificación penal está generalizado el empleo de la expresión penas “privativas” de la libertad para hacer referencia a la reclusión penitenciaria o rehabilitadora. Es posible distinguir la libertad, que ontológicamente es el ser mismo del hombre, y por lo tanto eliminable solo con la muerte del ser humano,

---

<sup>87</sup> CABANELLAS, Guillermo. “*Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*”. Ob. cit. “Con el pertinente abono de prisión preventiva, la duración de las penas privativas de libertad empieza a contarse desde que la sentencia quede firme, si el reo está detenido y, en otro caso, desde que sea reducido a prisión”.

<sup>88</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Ob. cit. Ver en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/87/art/art6.htm>>

del ejercicio de esta libertad a través de su fenomenalización, es decir, mediante su aparición en el mundo exterior como conductas intersubjetivas. La libertad ontológica, en cuanto ser mismo del hombre, no se puede privar mediante cualquier tipo de reclusión en un establecimiento rehabilitador. En esta triste circunstancia, el recluso no pierde su libertad, no se le priva de la misma, sino que tan sólo se le limita o restringe severamente su ejercicio. Si bien no podrá deambular por las calles o hacer vida familiar o concurrir a espectáculos, el recluso es libre de pensar, de imaginar, de proyectar subjetivamente y hasta de ejercer su libertad dentro de las limitaciones propias de su estado de reclusión. Sessarego refiere que es inexacta la denominación de "pena privativa de libertad" por no adecuarse a la realidad<sup>89</sup>, al hacerse referencia, a nivel del derecho penal, y que era correcto, en cambio, por sintonizar con la verdad de la vida, designarlas como penas "limitativas" o "restrictivas" de la libertad, es decir, nuestras decisiones libres no podían transformarse en actos de conducta humana intersubjetiva.

## **2.10. Determinación de la pena**

### **2.10.1. Alcances sobre la determinación de la pena y concepto**

*La determinación de la pena* no se da en una situación aislada de un contexto político-ideológico, sino que su nacimiento así como su materialización se encuentra circunscrita a la naturaleza ideal de cada modelo de Estado, regidos por ciertos principios esenciales que van a servir de guía para el cumplimiento de sus fines y objetivos; los cuales se encuentran plasmados esencialmente en una carta política, en la categoría de principios o normas rectoras,

---

<sup>89</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO señala que: "En los años cincuenta, la dictadura imperante en mi país nos ofreció por razones políticas, sin imaginarlo y menos pretenderlo, el que personalmente pudiéramos experimentar cómo vive un recluso y cuál es la capacidad de ejercicio de la libertad que disfruta en este penoso estado. Podemos decir, aunque suene a paradoja, que en esos días comprendimos, con toda lucidez, que éramos un ser libre. No dejamos de serlo por estar reclusos. Podíamos, así, imaginar, pensar, leer, escribir, jugar cartas, conversar (...). Descubrimos, de otro lado, que se nos había estrechado de manera notable nuestra libertad de ejercicio. Eran muchos y muy diversos los actos que no podíamos ejercer al estar reclusos en una celda. Pero esta pérdida ostensible en el ejercicio de nuestra libertad, en múltiples campos de acción no afectó nuestra libertad radical, nuestro propio ser ...". Ver en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/87/art/art6.htm>>

encaminando la forma y el modo de intervención en el control punitivo de la criminalidad. En tal sentido, a través de estamentos penales, se va a determinar la pena, como manifestación coercitiva del Estado. Aldo Figueroa Navarro sostiene que “la determinación de la pena, sea cual fuere el operador que la haga, es una decisión de carácter político criminal”<sup>90</sup>.

En concordancia con ello, Eduardo Demetrio Crespo sostiene que el proceso de determinación de la pena constituye, más que una opción técnica, el *precipitado* de los diferentes principios sobre los que se estructura el derecho penal moderno<sup>91</sup>. Así, para este autor, en un primer momento se da la manifestación abstracta o general por legislador y después, en un segundo momento, la propia individualización judicial que conlleva a la praxis de fijar a la pena en concreta.

Cabe señalar que en un Estado democrático social prima el principio de *Estado de Derecho*. Por ejemplo, en el Perú, los fundamentos de la actividad política criminal y el marco legal punitivo es de carácter *legal-garantista*. En ese sentido, las decisiones de la determinación de la pena en todos sus niveles o etapas están orientadas por un marco normativo, consagrado a nivel constitucional o legal, mas no en la voluntad del hombre. Este marco señala la forma de individualización de la pena, pero también posibilita que las instituciones que materializan el mismo –poder legislativo, judicial, la penitenciaria, entre otras- no solo incidan en las cuestiones punitivas, sino en el bienestar de la sociedad, así como también en el desarrollo del país, mediante la realización de la justicia.

En términos generales, la determinación de la pena se entiende como la manifestación de un Estado, que mediante medidas, plasmadas en las normas jurídicas y a través de un órgano jurisdiccional, va delinear y concretizar su

---

<sup>90</sup> FIGUEROA NAVARRO, Aldo. *La reforma judicial de la determinación judicial de la pena*. Consulta: 19 de febrero de 2009. Ver en: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf>.

<sup>91</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo; Luís ARROYO ZAPATERO, Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ, Nicolás GARCÍA RIVAS, José Ramón SERRANO PIEDECASAS, Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, et al. Ob. cit. P. 497.

intervención coercitiva en la criminalidad, como control social, aplicando penas o castigos de distinta naturaleza; por ejemplo en caso del Perú, pena de multa, penas restrictivas de libertad, limitativas de derechos y la pena privativa de libertad; siendo esta última una de las medidas de control social expresado en su más extrema medida.

Desde de la perspectiva teórica, según Jesús-María Silva Sánchez<sup>92</sup>, la naturaleza del acto de individualización de la pena es la determinación del *cuánto* de la pena en el marco legal, y ella se explica como un ámbito en el que no inciden solo argumentos relativos al hecho delictivo realizado, vinculadas a las reglas dogmáticas de imputación, sino también (y sobre todo) una argumentación asentada directamente en la teoría de los fines de la pena. Para este autor, la teoría de determinación de la pena debe manifestarse, ante todo, como la dimensión cuantitativa (o de grado) de un sistema de la teoría del delito que, por su parte, dejará de ser entendido en general como sistema binario<sup>93</sup>. En adición a ello, la teoría del delito se configurará, de esta manera,

---

<sup>92</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*. INDRET. Revista para el análisis del Derecho, abril 2007, 2, Barcelona, pp. 3-5. Consultado en enero 2011, en la Web: [http://www.indret.com/pdf/426\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/426_es.pdf). “La teoría de la determinación judicial (individualización) de la pena ha tenido un peculiar desarrollo en la historia del Derecho penal. La dogmática de la teoría del delito, cuya finalidad era la determinación del *sí* o *no* del delito y, por tanto, del *sí* o *no* de la aplicación del marco penal legal, iba adquiriendo un gran creciente del desarrollo y refinamiento. La teoría de la individualización judicial de la pena, esto es, la determinación del *cuánto* de la pena dentro del marco legal quedaba, en cambio, al margen de ese desarrollo y refinamiento. Ello, a pesar de que -como se pone de relieve por casi todos los que se refieren al problema- las consecuencias del acto de individualización son determinantes y la posibilidad de recurrirlo y revisarlo, un aspecto esencial del derecho al recurso en materia penal.

No es posible dudar de que el desigual desarrollo de la teoría del delito y la teoría de la determinación de la pena se debe en parte a que, para un importante sector de la doctrina, la individualización judicial de la pena no se relaciona con el sistema de la teoría del delito, sino, por el contrario, con las teorías de la pena. Se supone que la determinación de la medida de pena correspondiente a un hecho concreto habría de tener lugar recurriendo directamente a consideraciones de retribución, prevención general o prevención especial relacionadas con el referido hecho. A lo sumo, se admite que la valoración retrospectiva de los elementos del concreto hecho cometido se considere como un elemento más junto a aquellos otros (...).

Según esto, la individualización de la pena se conformaría como una materia-puente. En ella se combinaría la concreción del contenido delictivo del hecho (que no se sabe a ciencia cierta cómo abordar) con la entrada en juego de consideraciones político-criminales generales sobre el hecho realizado o la persona del autor. Estas últimas, basadas en buena medida en pronósticos u otros juicios empíricos, carecerían de un sistema de reglas que posibilitara una traducción siquiera aproximada en conclusiones cuantitativas”.

<sup>93</sup> Ídem. Pp. 5-6. “Ello presupone sentar las siguientes premisas. En primer lugar, que el marco penal abstractamente previsto se configura como la respuesta preconstituida a un conjunto

como un sistema de reglas que permiten establecer con la mayor seguridad posible el *sí* o *no* de tales merecimientos y necesidad de pena; y la teoría de la determinación de la pena como teoría de la concreción del contenido delictivo del hecho implicará, a la vez, el establecimiento del *quantum* de su merecimiento y necesidad de la pena.

*Sobre el concepto de la determinación de la pena* se han construido diversas definiciones, algunas obedecen a criterios dogmáticos que posee cada tratadista. Según Santiago Mir Puig, la determinación de la pena es

“... la fijación de la pena que corresponde al delito. Ello afecta tanto a la decisión de la *clase* de pena que ha de imponerse, como la *cantidad* de la que se señale. En un sentido amplio se incluye también en la determinación de la pena la decisión acerca de la *suspensión* de la pena o su *sustitución* por otras penas o por medidas de seguridad”<sup>94</sup>.

Patricia S. Ziffer sostiene que

“... la individualización de la pena es el acto por el cual el juez pondera la infracción a la norma y la transforma en una medida de pena determinada. La magnitud de la pena es siempre expresión de la ponderación del ilícito culpable, no es otra cosa que la ‘cuantificación de la culpabilidad’ (...).”

Además, agrega esta autora que “en un sentido más amplio, puede entenderse la determinación de la pena no sólo la fijación de la pena aplicable, sino también su forma de cumplimiento (p. ej., condena de ejecución condicional,

---

de hechos que coinciden en constituir un determinado tipo de injusto penal, culpable y punible, en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento y la necesidad de aquella pena-marco. En segundo lugar, que injusto y culpabilidad (así como punibilidad) constituyen magnitudes materiales graduables. Por ello, el marco penal abstracto puede verse como la unión de un conjunto de conminaciones penales más detalladas (submarcos) que asignarían medidas diversas de pena a las distintas subclases de realizaciones (subtipos), más o menos graves, del injusto culpable y punible expresado en el tipo. Y, en tercer lugar, que, desde esta perspectiva, el acto de determinación judicial de la pena se configura esencialmente como aquel en virtud del cual se constata el concreto contenido de injusto, culpabilidad y punibilidad de un determinado hecho, traduciéndolo en una determinada medida de pena. Lo que reitera lo ya expresado en forma concisa: la única política criminal que debe realizar el juez es la que discurre por el cauce de las categorías dogmáticas”.

<sup>94</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 7ª edición, Barcelona, editorial reppertor, 2004, p. 714.



accesorios de la condena)”<sup>95</sup>. En este orden de ideas, Aldo Figueroa Navarro sostiene que la determinación de la pena “es una decisión de carácter *político criminal*, que va llevar a determinar la calidad y el *quantum* de la pena abstracta o pena concreta por la comisión de un hecho punible”. Más adelante sostiene que

“... se trata de una decisión de carácter técnico, por un lado, pero también de carácter valorativo, por otro, que debe tener una utilidad; vale decir que debe estar orientado a la consecución de una finalidad, asociada a los diversos objetivos que se han atribuido a la pena en el ámbito del derecho penal”<sup>96</sup>.

Ahora bien, cabe señalar que la determinación de la pena, si bien cuenta con etapas, no queda limitada a las mismas. En la primera etapa, a nivel legislativo, solo se fijará de modo genérico o abstracto; mientras que en la segunda etapa, la decisión judicial de la pena marcará una trascendencia social, que pasa por todo un proceso, el cual se logra alcanzar con la determinación de la clase y la cantidad de la pena, considerado un proceso técnico y valorativo, es decir, el juez decide de manera cualitativa y cuantitativa la sanción penal (de corta o larga duración), basado en el ordenamiento jurídico penal, que corresponderá al autor o partícipe de un hecho punible.

Por tanto, la decisión judicial no queda limitada únicamente a este ámbito, sino que repercute en la sociedad, donde, quíerese o no, lleva un *mensaje*, sea *positivo o negativo*. Además de la prevención, uno de los objetivos del castigo es la búsqueda de la reinserción social del delincuente, ya que el delito como producto social tiene en parte una corresponsabilidad al Estado, por el cual no solo debe castigar sino que también debe procurar el tratamiento del delincuente o su cura. Siguiendo con esta orden de ideas, José A. Choclán Montalvo<sup>97</sup>, refiriéndose a la necesidad de resocialización en la medida de la

---

<sup>95</sup> ROXIN, Claus; BELOFF, Mary; MAGARIÑOS, Mario; S. ZIFFER, Patricia; BERTONI, Eduardo Andrés y RÍOS, Ramón Teodoro. *Determinación Judicial de la Pena*. Prólogo de Julio B. J. Maier, Buenos Aires, Argentina, editores del Puerto SRL, 1993, p. 91.

<sup>96</sup> FIGUEROA NAVARRO, Aldo. Ob. cit. Ver en: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf>.

<sup>97</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención de la sanción penal*. Madrid, España, Editorial MAPFRE S. A.,

pena, señala que “la entrada de las consideraciones preventivo especiales en la concreción del marco de la culpabilidad permite dar cabida a la idea de resocialización en el momento mismo de determinación de la pena y no solo en el de su ejecución”. Añade el autor, citando a Schultz y al Código penal suizo, que en la determinación de la pena debe tenerse en cuenta el principio de resocialización, el cual debe inspirar la ejecución de la pena de prisión.

Es la sociedad la que, al fin y al cabo, siente y percibe en sí el contenido real del castigo, así como sus sensaciones, en abstracto. Por ello, uno de los fines de la pena es la prevención, sea negativa o positiva en general (se deja de lado aquí las clasificaciones, porque la sociedad no escatima en desenfadarse en la retórica sobre estos temas, solo las percibe, no de dónde y cómo venga). Se debe considerar que cuando se practica la determinación judicial de la pena lleva implícita una decisión de carácter *político criminal práctica, real, concreta y viva*<sup>98</sup>, porque no es una abstracción sino una valoración de los hechos de

---

1997. Pp. 192-193. “Dentro de las *disfuncionalidades* del sistema penal la doctrina viene destacando la antinomia que produce entre el fin de la pena y el fin de la ejecución. Así HASSEMER dice que el juez se ve forzado en la medición de la pena a imponer penas que desde el punto de vista de la ejecución de las mismas son, o demasiadas cortas – pudiendo exigir el fin de la ejecución una pena superior- o demasiado largas –pudiendo haber conseguido antes el fin de la ejecución-, de modo que un fin perturba al otro. En opinión de Bacigalupo ello es consecuencia de un sistema penal desarticulado, en el que el Derecho penal no es el Derecho penal de la política criminal de la resocialización”.

<sup>98</sup> TOCORA, Fernando. *Política criminal contemporánea*. Santa Fe, Bogotá, editorial Temis S. A., 1997, p; señala que: “De hecho, uno de los grandes rasgos de la política criminal contemporánea ha sido su deficiencia programática, su falta de estudio y planificación, que se aprecia claramente en las respuestas oficiales de exacerbación de la represión penal dictadas ante situaciones coyunturales, que buscan efectos de apaciguamiento social, ante una reacción social alarmada que reclama contra golpes (p. 5). ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde, 2ª edición 2000, 1ª reimpresión 2002, Argentina, editorial Hammurabi SRL, p; quien señala que: “La política criminal incluye los métodos adecuados, en sentido social, para la lucha contra el delito, es decir, la llamada misión social del derecho penal; mientras que al derecho penal, en sentido jurídico de la palabra, debe corresponder la función liberal del Estado de Derecho, asegurar la igualdad en la aplicación del Derecho y la libertad individual frente al ataque del “*Leviathan*”, del Estado (ver. p. 32). ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Jaén, España Editorial revista de derecho privado (EDERSA), 1979; quien señala que: “La política criminal puede definirse brevemente como *obtención y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia criminal*” (ver p. 4), además señala que: “(...) y finalmente la política criminal, arte y ciencia al propio tiempo, cuya función práctica es, en último término, posibilitar la mejor estructura de estas reglas legales positivas y dar las correspondientes líneas de orientación, tanto el legislador que ha de dictar la ley como el juez que ha de aplicarla, o la Administración ejecutiva que ha de transponer a la realidad el pronunciamiento judicial” (ver. pp. 13 y 14). BERISTAIN, Antonio. *Política criminal*

manera real, la cual muchas veces implica ver y analizar el panorama no solo del delincuente sino también de la sociedad y del concurso de disciplinas como la psicología, criminología, sociología, etc., a fin de obtener una dación justa de la pena.

#### 2.10.2 Alcances de los *sistemas* de determinación de la pena

El surgimiento de los sistemas de determinación de la pena obedece a un contexto histórico y al desarrollo doctrinario o ideológico acerca del castigo, es decir, corresponde en cada época a un sistema político e ideológico que se implante. Estos han transcurrido por varias etapas o sucesos, desde las *medidas arbitrarias* hasta dar paso a un sistema de *medidas más racionales o humanas*. Si se remonta a la forma de determinación del castigo, por no ir muy lejos, en el Antiguo Régimen –sobre todo en la época de los monarcas o reyes– predominaba la arbitrariedad, no habiendo límite ni parámetros que modularan el ámbito de sus decisiones en la determinación de la pena, la misma que carecería de fundamento racional y legal.

En la Época Moderna, con el surgimiento de los estados modernos, con la aparición de la política criminal, nuevas corrientes de pensamiento, de la sistematización del conocimiento en el ámbito penal, la determinación de la pena es considerada como una institución jurídica, la que estaría adoptando criterios sujetos a ciertos condicionamientos legales. En tal sentido, Santiago Mir Puig<sup>99</sup> ha sostenido, que el Antiguo Régimen se caracterizó por un arbitrario acto judicial muy amplio, en donde los jueces no solo podían aumentar o

---

*contemporánea. Hoy y mañana*. Madrid, España, consejo general del poder judicial, 1999; quien señala que: "... a la Política Criminal, como parte de la política, le atribuye: el estudio de la realidad del delito y de su control; la protección, con las garantías jurídicos-procedimentales, de los bienes jurídicos de los ciudadanos y de la sociedad; el respeto de los criterios y las valoraciones de la ética social; la atención a la cultura política y la realidad social, no sólo en el ámbito del derecho penal, ni sólo desde los criterios de la eficiencia y funcionalidad, sino también de los axiológicos. Puesto que ningún sistema de defensa y protección de la comunidad nos satisface, la Política Criminal centrará su atención en la renovación del derecho penal y en la reforma de las sanciones. Por esto, a veces, se equipara excesivamente Política Criminal y reforma del derecho penal, con olvido de la misión preventiva" (ver pp. 18 y 19).

<sup>99</sup> MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 714.

disminuir las penas por ley, sino que podían imponer otras distintas; además - agrega el autor-, que dicho sistema va ser superado con la *filosofía penal liberal*, en nombre del principio de legalidad, como un tanto de garantía de igualdad, como la sujeción del juez a la voluntad popular. Añade el mencionado autor, que el Código penal francés de 1791 llevó a su extremo el nuevo planteamiento legalista y asignó a cada delito una pena absolutamente determinada, no susceptible de ser modificada por el juzgador, y con el Código penal francés de 1810 se cambió, en donde se confirió a los jueces un *cierto arbitrio* para la determinación de la pena dentro de un límite máximo y un límite mínimo legalmente previstos, lo cual va prosperar como modelo legislativo en las legislaciones posteriores.

Del mismo modo, Muñoz Conde y Mercedes García Aran<sup>100</sup> sostienen que el *sistema de determinación de la pena* surge de la necesidad de “la superación de la arbitrariedad judicial, propia del Antiguo Régimen y la consagración del principio de legalidad en los sistemas contemporáneos, que condujeron a la exigencia de que las penas correspondientes a cada delito se recogieran con absoluta certeza en los Códigos penales”. Este sistema no se traduce en la fijación de una pena exacta e inamovible para cada conducta, sino en el señalamiento de unos márgenes, limitados generalmente por un máximo y un mínimo, dentro de los cuales el tribunal debe adecuar la pena a las circunstancias concretas del hecho y del autor; este sistema es conocido como la *determinación legal relativa de la pena*<sup>101</sup> –señalamiento de una cantidad genérica de pena para el delito-, el cual permite combinar las exigencias del legalismo con las propias del principio de igualdad, esto es, con la necesidad de distinguir en cada caso concreto las específicas modulaciones de la gravedad del hecho y las características del autor<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 525.

<sup>101</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ídem, p. 526. Sostiene que: “La determinación legal relativa es el sistema seguido por el Código penal español y por la totalidad de sistemas de nuestro ámbito cultural, si bien en algunos de ellos, como el alemán, se opta por el señalamiento sólo de un límite máximo. En todo caso, los países en que triunfó el movimiento codificador durante el siglo XIX adoptaron sistemas de determinación de la pena con considerables dosis de legalismo y establecimiento de límites al arbitrio judicial, en tanto en cuanto fueron hijos de la revolución francesa”.

<sup>102</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ibídem.

Según Mir Puig<sup>103</sup> existen tres tipos de sistemas o de procedimientos posibles para determinar la pena: *legalismo extremo*, que confía por completo a la ley la fijación de la pena de cada delito concreto; *libre arbitrio judicial*, que cede totalmente al juez dicha misión, no limitando ni la clase ni la medida de la pena a imponer; y un *tercero, que combinan ambas*, por diversas vías y en diferente medida, una cierta dosis de legalismo y un determinado margen de arbitrio judicial. Sin embargo, Carlos Rodrigo Mera Palomino –citando a Mercedes García Arán- ha sostenido que la determinación de la pena comprendería cuatro sistemas<sup>104</sup>.

### 2.10.3. Etapas de la determinación de la pena

La determinación de la pena transcurre por varias etapas, lo cual permite analizar, según el momento, el efecto y el actor que la desarrolle, en la búsqueda de su individualización. En tal sentido, se apunta o visualiza sobre la base de la estructura organizativa de las instituciones del Estado, las cuales intervienen en cada una de las etapas cumpliendo funciones ya designadas.

---

<sup>103</sup> MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 714.

<sup>104</sup> MERA PALOMINO, Carlos Rodrigo. *Determinación de la pena*. Artículos de estafeta jurídica virtual, Academia de la Magistratura del Perú, publicado el 6 de diciembre de 2007. Consulta: 10 de febrero de 2009. Ver en: <http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=75>. Según lo sostenido por Mercedes García Arán -citado por Carlos Rodrigo Mera Palomino- comprende cuatro sistemas: “*Determinación Legal Absoluta*, donde el legislador establece pena fija, por ende el juez se limita a constatar la realización del hecho descrito...ejemplo, el Código francés de 1791; *Indeterminación Legal Absoluta*, no determina ni el legislador ni el juez, este último dicta una *sentencia con pena indeterminada*, es el administrador penitenciaria quien va determinar o concretizar la pena en función de las características del sujeto. Esta postura fue propugnada por el positivismo criminológico; *Indeterminación Judicial Relativa*, el juez dicta sentencia relativamente indeterminada, señalando un mínimo y un máximo de cumplimiento, que la pena concreta se determina en la fase de ejecución. Este modelo corresponde al sistema anglosajón; *Determinación Legal Relativa*, es el legislador quien establece un marco penal genérico o pena abstracta fijando límites máximos y mínimos es decir una pena con duración entre dos límites cuantitativos; dentro del cual el juez elegirá la pena que debe imponerse al condenado y que debe tratarse de una pena fija con duración determinada en la sentencia. Es la posición intermedia entre inexistencia legal de límites y la fijación de pena exacta (posición intermedia entre)”.

Por un lado, el Poder Legislativo dicta las normas punitivas de carácter general o abstracto; el Poder Judicial interviene para establecer la calidad y la cantidad de la sanción punitiva, a través de los límites establecidos en el marco legal punitivo, sobre todo incidiendo en la graduación de las responsabilidades ante la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes; y la penitenciaria interviene en la fase de ejecución. Siguiendo con este orden de ideas, los estudiosos de la materia como Santiago Mir Puig, Patricia Ziffer y Muñoz Conde han señalado las siguientes como las etapas de la determinación de la pena<sup>105</sup>.

#### 2.10.3.1. Determinación legal<sup>106</sup>

Corresponde al legislador y consiste en el establecimiento del marco penal genérico<sup>107</sup>, que corresponde a cada delito, por lo general se fijan los límites de un máximo y un mínimo para cada tipo penal; asimismo, se establece circunstancias fácticas y personales que deben tenerse en cuenta para la posterior concreción de la pena en concreta. El sustento de estas normas descansa en los principios generales de carácter constitucional, que son un conjunto de normas o disposiciones diseñadas y estructuradas de un modo sistemático, en distintos niveles e índole. Estos criterios van a ser tomados en cuenta por los operadores jurídicos en todo el proceso de la individualización de la pena.

---

<sup>105</sup> MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p 714. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., pp. 526-528.

<sup>106</sup> ROXIN, Claus; BELOFF, Mary y otros. Ob. cit., p. 91. Patricia S. Ziffer sostiene: “En el marco penal el legislador establece los límites de la pena en el caso individual para cada delito. La relación entre distintas escalas penales caracteriza, al mismo tiempo, la importancia y el rango de la norma respectiva dentro del ordenamiento jurídico”.

<sup>107</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo; LUÍS ARROYO ZAPATERO, Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ, Nicolás GARCÍA RIVAS, José Ramón SERRANO PIEDECASAS, Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, et al. Ob. cit. p. 498. “La individualización legal, consiste en la fijación por Ley, como carácter general y abstracto, de la pena correspondiente a cada hecho delictivo (...) en esta fase poca propicia para la labor individualizadora, ya que el legislador no puede descender al caso concreto y, aunque tome en consideración ciertas circunstancias específicas del hecho y del culpable, lo hace en abstracto. Ello implica que aún le queda al Juez un considerable margen de decisión”

### 2.10.3.2 Determinación judicial

En términos generales, la determinación judicial de la pena es entendida como la decisión tomada exclusivamente por el tribunal o juez, para establecer la *calidad* y la *cantidad* de pena concreta a imponer a un autor o partícipe de un hecho punible. Siendo este uno de los pasos trascendentales en la individualización de la pena, el operador va realizar un trabajo técnico-valorativo en distintos momentos: *primero*, individualizar el aspecto cualitativo de la pena, en donde se realiza la elección de la *calidad* de la pena correspondiente (conocido como la determinación judicial en sentido estricto), y la fijación de la variación, la sustitución o la exención de la pena (determinación judicial en sentido amplio); y, *segundo*, seguidamente se procede a la determinación cuantitativa de la pena, es decir, la cantidad concreta de pena a cumplir o a ejecutarse.

Sobre ello, José A. Choclán Montalvo<sup>108</sup>, refiriéndose al Código penal español, sostiene que en el sistema de individualización de la pena operan fundamentalmente dos formas de operaciones judiciales, con distinto margen de apreciación. La primera, denominada la fase de la *determinación del marco legal de la individualización judicial* en abstracto, que consiste en una actividad complementaria de la legislativa, pues el legislador renuncia a fijar completamente el marco penal en determinados supuestos, limitándose a establecer un marco penal con abstracción de circunstancias relevantes para la gravedad de hecho y remite al órgano judicial la fijación del marco *legal* del que debe partir para la fijación de la pena definitiva (actividad que en parte es desarrollado por el legislador y en parte por el tribunal); y la segunda, denominada la *individualización judicial de la pena en stricto sensu*, que consiste en el establecimiento concreta medida de la pena, dentro del marco penal así fijado, en función los particularidades del autor y del hecho.

---

<sup>108</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Ob. cit., pp. 107-108. Al respecto, sostiene que “... el legislador renuncia a fijar completamente el marco penal en determinados supuestos, limitándose a establecer un marco penal con abstracción de circunstancias relevantes para la gravedad del hecho y remite al órgano judicial la fijación del marco legal del que debe partirse para la fijación de la pena definitiva...”.

#### 2.10.3.3. Determinación penitenciaria

Esta etapa es la determinación ejecutiva realizada por la autoridad administrativa penitenciaria. Es conocida también como la individualización penitenciaria, en la que se adopta medidas concernientes a la imposición y a la forma que debe ejecutarse el cumplimiento de la pena impuesta por el magistrado o juez<sup>109</sup>, lo cual no implica que pueda sufrir variaciones durante su cumplimiento. Sin embargo, esta etapa estará bajo la observancia del Poder Judicial, pues solo se alude a las modificaciones que puede sufrir la pena de prisión durante su cumplimiento, mediante la aplicación de beneficios penitenciarios, la progresión en grado penitenciario y la obtención de la libertad condicional<sup>110</sup>.

#### 2.10.4. Procedimientos o fases en la individualización judicial

Teniendo en cuenta que, de alguna manera, las formas o modos de determinación de la pena han sido tocadas, no obsta traer a colación alguna de las consideraciones para establecer el tratamiento de la determinación de la pena en concreto. En ese sentido, se sabe que ello pasa por varios procesos de evaluación, como una actividad natural de todo operador jurídico, el cual concierne principalmente al órgano jurisdiccional. Este procedimiento, en términos generales, consta de más de dos fases; por un lado se conoce dos momentos bien definidos, como la *determinación cualitativa* y la *determinación cuantitativa*; por otro lado, de fases de la operatividad judicial se conoce; primero, la determinación del marco legal de la individualización judicial, segundo, la identificación de la pena básica y; tercero, la individualización de la pena concreta.

---

<sup>109</sup> FIGUEROA NAVARRO, Aldo. Ob. cit. Ver en: <http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=758>.

<sup>110</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 528.



#### 2.10.4.1. Determinación cualitativa

La *determinación cualitativa* consiste en la elección de la *clase de pena*, así como la determinación de la *pena básica*; operación que se realiza para imponer una sanción punitiva, partiendo de la pena abstracta o genérica señalada en la parte especial del Código Penal o en otras normas penales especiales, la misma que obedece en la definición, al modo cualitativo<sup>111</sup>, bajo los supuestos cualitativamente descritos en cada tipo penal, es decir, la pena conminada o señalada en cada delito, que posee un límite mínimo y un máximo. Aquí se produce lo que se denomina *grado de pena*<sup>112</sup>, lo cual nos marca el inicio y el fin de la posibilidad de decisión penal para imponer al autor del delito consumado.

---

<sup>111</sup> Ídem, pp. 527 y 529. Además señala que, “Los casos de señalamiento de una pena inferior o superior en grado recogen supuestos cualitativamente distintos al hecho básico descrito en cada tipo que, precisamente por ello, desbordan su marco penal y son considerados como determinación cualitativa de la pena. Junto a los supuestos del cómplice y la tentativa, existen otros como por ejemplo (eximentes incompletas, minoría de edad penal, etc.), pero, en todo caso, lo importante es que la determinación cualitativa de la pena no se trata de recoger “el inferior” del marco penal abstracto, sino de elegir un marco distinto, inferior o superior al señalado para el delito (ver p. 551). Después de haber determinado el grado de la pena de acuerdo a los criterios establecidos, se procede a establecer dentro de sus límites la *cantidad concreta de pena* que debe ser impuesta, los cuales son proporcionados por el código, basado en las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el hecho imputado (ver p. 554). Las cuestiones generales sobre la estimación sobre las circunstancias pertenecen a la *teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, los cuales tienen una incidencia en las reglas de la determinación en la pena. Las *reglas de aplicación de la pena en atención a las circunstancias modificativas de la responsabilidad*, allí están comprendidas la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, y la ausencia de éstas (ver pp. 555-556). En los casos de *concurso ideal y medial de delitos*, es decir, en que un solo hecho constituye dos o más infracciones o si una de ellas es medio para cometer la otra, obligará a imponer la pena del de mayor gravedad, dependiendo como sea la fórmula del código, los mismo ocurrirá para *concurso real de delitos* y *delito continuado* y *delito masa* (ver pp. 559-564)”.

<sup>112</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Ob. cit. Refiriéndose a esta particularidad de determinación judicial de la pena, este autor sostiene que se presenta dos tipos de operaciones judiciales: el primero, se denomina determinación del marco legal de la individualización judicial, que corresponde fundamentalmente de la pena básica y del grado de pena, y al segundo, se conoce con la individualización propiamente dicha (individualización de la pena *stricto sensu*).

#### 2.10.4.2. Determinación cuantitativa

Ya habiendo individualizado la *clase de pena* y la *pena básica* que corresponderá al responsable del hecho punible, sucede ahora la determinación de la pena en concreta, denominada *cuantificación o determinación cuantitativa*. Específicamente, en esta etapa se va precisar en qué estándar se coloca la pena en concreta. Es donde se moverán las mitades, en los límites mínimos y máximos, determinados por la pena básica, es decir, el *quantum* del castigo, sanción o pena que se va imponer. Se encuentra señalada dentro de unos márgenes. Estos se encuentran establecidas en base a un principio de seguridad, de la medición justa y en contra de una medición arbitraria, como aquellos límites de la determinación judicial de la pena, respecto de la conducta típica punible; de modo que, estos parámetros se encuentran definidos en la parte general del Código Penal, así como en las características propias de cada tipo penal tratado en la parte especial de dicho Código Sustantivo.

Se habla de una atenuación o agravación de la conducta ante la comisión del delito, y de la dación de su castigo o llamado pena (en nuestro caso, “pena privativa de libertad”), que en la práctica exige un *quantum*, en vista de un mínimo y máximo legal señalado, o en sí la determinación judicial para la graduación en la disminución por debajo del mínimo legal, o puede ser el aumento por encima del máximo legal.

Aquí, es donde el operador jurídico, después de haber cotejado la concurrencia de las distintas circunstancias ya sea fácticas, personales y/o sociales, que a su vez pueden ser circunstancias comunes, especiales o específicas, que involucra, sobre todo, la culpabilidad o la responsabilidad del autor o partícipe, se realiza un razonamiento de carácter lógico-valorativo, que consiste en derivar a partir de valoraciones concatenadas de las circunstancias existentes, conocidas como premisas. A la determinación de la pena en concreta, se va a encuadrar con la más exactitud o precisión el *quantum* de la pena. Este conjunto de circunstancias o indicadores no solo van incidir directamente en la

valoración, sino también va servir como fundamento de porqué esa cantidad de la pena en concreto.

Tal criterio, a partir de lo anterior, puede ser considerado más justificable para la medición o cuantificación de la pena privativa de libertad, puesto que no solo considera el criterio matemático, como un aspecto de suma o resta, o la adaptación de alguna fórmula que deba arrojar un resultado automático, sino que tiene que ver con la actuación del ser humano<sup>113</sup>, que ya de por sí es compleja, toda vez que tienen que observarse aspectos concretos, objetivos o materiales de cada caso en sí, o los aspectos subjetivos de la comisión del delito. Por ello, reviste especial importancia el estudio de la teoría del delito y el análisis de la culpabilidad<sup>114</sup>, a fin de evaluar aspectos psicológicos y normativos, hasta los sociales; entonces, la medición de la pena pasa por un amplio aspecto valorativo de la conducta criminal punible del autor o partícipe.

---

<sup>113</sup> Ver: Revista del INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS. *Derecho penal y criminología*. Universidad Externado de Colombia, volumen XXVI, N.º 79, setiembre – diciembre del 2005; en donde se señala que: “Una vez analizados los postulados esenciales de la teoría de los sistemas sociales, nos centramos en el análisis del concepto de persona. ... el concepto de *persona* es, en efecto, un instrumento útil para alcanzar una más completa aproximación al Derecho: es una nueva dimensión del Derecho, o al menos un nuevo elemento que *personaliza* las *cuatro* aludidas dimensiones (“Sociedad”, “norma”, “valor” y “tiempo”). Pero aprehender un concepto válido de persona para la construcción –o al menos, la aproximación– de un sistema jurídico es tarea harto compleja. Así, a podido, certeramente, decir el profesor Jakobs que la conducta de la *persona* (la conducta *humana* delictiva) en Derecho penal “*contiene el esbozo de un mundo*”. El interés por el concepto de “persona”, desde una perspectiva iusfilosófica, no es, desde luego, reciente. Numerosos autores, desde la Antigüedad clásica hasta la Filosofía contemporánea han dedicado sus esfuerzos intentar desentrañar qué se esconde detrás de un concepto tan –aparentemente– accesible y ambiguo al tiempo como el de persona (ver pp. 67 y 68).

<sup>114</sup> Ver: DONNA, Edgardo. Ob. cit. Señala que: “La finalidad preventiva fundamenta la necesidad de la pena, el principio de culpabilidad admite su admisibilidad. Sin embargo, esta posición puede ser admitida, pese a la mayoría doctrinaria que la sustenta, ya que, si es insuficiente para fundamentar la pena en sí, tampoco alcanza para poder ser barómetro de su medida” (p. 235). Además señala: “Por ello se propone un cambio de orientación táctica, al abandonar por completo la culpabilidad, en el sentido retribucionista, y aceptar un concepto de culpabilidad como límite superior de la pena, que tenga que ver con el poder de evitación del autor. Con ello, pasan a primer lugar las consideraciones que atañen el valor del bien jurídico lesionado, la peligrosidad de la motivación del autor que se revela en el hecho y otras circunstancias subjetivas” (p. 236).

## 2.11. Criterios de determinación de la pena privativa de libertad en el sistema legal peruano

### 2.11.1 Alcances generales

Es imprescindible no dejar de considerar, al momento de su valoración o cuantificación de la pena, algunas cuestiones trascendentales o principios normativos como la de legalidad, dignidad, lesividad, culpabilidad, humanidad<sup>115</sup>, proporcionalidad, etc., son categorías de alcance universal, consagrados principalmente en las universales de derechos humanos<sup>116</sup>, juegan un papel singularmente importante y a la vez son la base del entero ordenamiento jurídico, tiene influencia en todas las ramas del Derecho, consecuentemente en la materia penal.

En esta orden de ideas, José Thompson<sup>117</sup> sostiene que la determinación de la pena tiene sus fundamentos en las normas superiores, siendo el principio capital la *dignidad* de la persona humana, que por el solo ser y por su condición de tales tienen ese valor intrínseco; por consiguiente los procesados y el

---

<sup>115</sup> MORRILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho penal*. Ley penal. 2a edición, Madrid, España, editorial DIKENSÓN S. L., 2010, p. 166-167. Donde establece que el “El principio de la humanidad es aquél que señala que toda las relaciones humanas que el derecho penal tipifica se han de reglar sobre la base de una **vinculación recíproca**, de una responsabilidad social hacia el ciudadano que delinque, en resumen de una comprensión humanitaria y social sobre la persona del delincuente”.

<sup>116</sup> GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter; Carlos Mesía Ramírez. *Derechos humanos. Instrumentos internacionales y teoría. Compilación*. Edición oficial del Ministerio de Justicia, primera edición, Lima, Perú, editorial WG Editor E. I. R. L., 1995. p. 36. *La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)*, en el artículo 9° contiene: “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”; artículo 10°: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”; artículo 11° : “1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa; 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

<sup>117</sup> THOMPSON, José. *Garantías constitucionales en la administración de la justicia*. Pp. 72-74. Consulta: marzo 2009. Ver en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/10/dtr/dtr4.pdf>.

delincuente gozan de esa prerrogativa. De acuerdo a las consideraciones que se ha adoptado, la Declaración Universal de los Derechos Humanos guarda estrecha relación con la determinación de la pena, desde los inicios la consagración positiva de los derechos humanos, principalmente enarbola la protección del individuo frente al poder; de modo que, el ordenamiento penal debe ser una garantía para el respeto de los derechos fundamentales. Es así como el principio de legalidad y principio de irretroactividad de la pena más gravosa (ley penal más favorable) se encuentra consagrado en el artículo 9° de la Convención Americana de Derechos Humanos: “Pacto de San José de Costa Rica”<sup>118</sup>

Resulta importante señalar en la individualización de la pena, el *principio de necesidad*, el cual se centra, según Lorenzo Morillas Cueva<sup>119</sup>, como una exigencia adicional a la culpabilidad, entendida que en la aplicación de la pena no solo debe sustentarse en la calificación y cuantificación orientada hacia la ejecución de la pena, sino que debe considerar la necesidad de su imposición o ejecución de la misma. Además, agrega, que la pena adecuada a la medida tendrá que ser necesaria para responder a las exigencias de la prevención general y de la prevención especial. De manera similar, Aldo Figueroa

---

<sup>118</sup> GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter; Carlos Mesía Ramírez. Ob. cit. pp. 414-415. Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Pacto de San José de Costa Rica. Artículo 9°, que a la letra dice “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que al momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.” Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficia de ello.”

<sup>119</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Ob. cit. p. 163. Donde expone los fundamentos a que están consideradas el principio de necesidad: “El reconocimiento del principio de necesidad de la pena como básico en el Derecho penal tiene que ser concebido en sus términos más reales. **No** se trata, como propician algunos autores, de **sustituir** al principio de culpabilidad a favor del de necesidad **sino** de **añadir** en el momento de fundamentar la pena y de delimitar el Derecho de punir, éste a aquél. Ambos se complementan pero también se limitan. El **equilibrio** es imprescindible, la disfuncionalidad puede venir tanto por defecto como por exceso. Se trata, en definitiva, más, casi, de un principio de *lege ferenda* que de *lege data*. Opera desde una *doble dimensión*: desde la **conminación penal abstracta** y desde la **imposición concreta** de la pena. En la **primera** enlaza con la naturaleza de **última ratio legis** que al Derecho penal se le asigna y con su carácter fragmentario; en la **segunda**, con la fijación individualizada de qué pena es innecesaria o perjudicial para la comunidad o para el propio delincuente”.

Navarro<sup>120</sup> manifiesta la utilidad de este principio: una vez declarada la culpabilidad, es igualmente necesaria la aplicación de la sanción punitiva de prisión.

En principio, los criterios son categorías valorativas de diferentes clases que van a acompañar en distintas fases al operador jurídico en la determinación de la pena privativa de libertad. Desde que el legislador señala el marco penal del delito hasta que la pena se cumpla definitivamente, se produce un proceso de progresiva concreción de la sanción que se conoce como *individualización de la pena*. Las fases de este proceso son la individualización legal, judicial y la penitenciaria. Si bien cada una de estas etapas corresponde a la determinación de la pena; en este caso se tendrá la singular consideración de la individualización judicial por corresponder a este trabajo de investigación. En tal sentido, dentro de la individualización judicial se considera que se va a desarrollar actividades de distinta naturaleza y en varias fases o etapas propias a ella; si bien es una actividad técnica, pero fundamentalmente es de tipo operativo y valorativo, definido u orientado por reglas o criterios legales de determinación. Asimismo, en líneas generales, los momentos o fases que corresponden a la operatividad de la individualización judicial de la pena se tienen a la identificación de la pena básica y la individualización de la pena concreta (las mismas que ya han sido desarrollados en la parte general de este tema). En ese sentido, a continuación se pretende exponer los procedimientos y criterios de determinación judicial de la pena en la legislación peruana.

---

<sup>120</sup> FIGUEROA NAVARRO, Aldo. Ob. cit. En torno a la consideración de los criterios generales o fundamentadores (el grado de injusto y el grado de culpabilidad) en la determinación judicial de la pena en el CP de 1991, sostiene que “Hay un tercer criterio que no necesariamente aceptado en la doctrina, pero que en mi concepto es útil: el *principio de necesidad de la pena* entendida; esto es la pena, una vez declarada la culpabilidad, tiene que ser igualmente necesaria; es decir, cuando el Estado deba ejercer ineluctablemente su potestad punitiva. En nuestro medio, este tercer criterio se vislumbra con el reconocimiento de la exención de la pena (Art. 68°). En la exención de la pena no solamente se hace alusión a la mínima culpabilidad de la persona exenta, sino que dicha exención se sustenta en lo innecesario de la imposición de una pena”.

## 2.11.2. Instrumentos normativos en la individualización de la pena

Donde el administrador de justicia que desea individualizar la pena privativa de libertad realiza la revisión de distintas disposiciones normativas concernientes a la determinación de la pena privativa de libertad, de manera sistemática. Existe para ello normas de distinta naturaleza, de tipo constitucional, preceptos de Declaración Universal de Derechos Humanos, el Título Preliminar del Código Penal, el Código Penal, leyes penales especiales, Código de Ejecución Penal, Código Procesal Penal, las jurisprudencias y entre otras.

A nivel constitucional (Arts. 1, 2, 3, 138, 139, 162), se cuenta con preceptos de derechos humanos, en consecuencia, el sistema penal como la nuestra reposa bajo las disposiciones internacionales de tipo humanista y racional, circunscrita sistemáticamente dentro de un conjunto de normas rectoras o principios, que rigen en la determinación de la pena, lo cual versa en varios aspectos o tipos, es así son de la misma categoría las que se encuentran contenidas en el Título Preliminar del Código Penal Peruano<sup>121</sup>, en donde se encuentran prescritas como el principio de legalidad, principio de prohibición de analogía, principio de afectación de bien jurídico, principio de culpabilidad y principios de humanidad, proporcionalidad, razonabilidad, lesividad y entre otras , así como también el objeto del régimen penitenciario, teniendo en cuenta los fines de la pena desde la prevención general y la prevención especial. Son normas rectoras que limitan y a la vez son orientadoras en la cuantificación de la pena privativa de libertad.

En la parte general del Código Penal, sobre los aspectos de la culpabilidad o responsabilidad y sobre el grado del hecho punible, así como las circunstancias de atenuación y agravación, ya sea de tipos fácticas y personales o sociales. Como por ejemplo, las contenidas en los artículos 45° y 46°, y en los artículos siguientes del mismo norma penal, en las leyes penales especiales y entre otras, debiendo de ser consideradas cada una de estas circunstancias de manera integral.

---

<sup>121</sup> CÓDIGO PENAL PERUANO 1991. Decreto Legislativo 635, de 8 de mayo de 1991. Jurista editores, edición septiembre 2010, Lima, Perú.

Las normas penales concernientes a las circunstancias especiales, consideradas como aquellas que va eximir, exculpar, atenuar, agravar en la calificación del hecho punible o de su culpabilidad; por ejemplo, tenemos dentro de la parte general del Código penal, en el Art. 14 (el error de tipo y error de prohibición), Art. 15 (el error de comprensión culturalmente condicionado), el Art. 16 (la tentativa), el Art. 21 (responsabilidad restringida), el Art. 20 (causas eximentes o atenuantes), Art. 22 (imputabilidad restringida por la edad), el Art. 23 (autoría, autoría mediata y coautoría), Art. 24 (instigación), el Art. 25 (complicidad primaria y complicidad secundaria), Art. 26 (incomunicabilidad de las circunstancias y cualidades), el Art. 27 (actuación en nombre de otro), el Art. 48 (el concurso ideal de delitos), Art. 49 (delito continuado y delito masa), Art. 50 (concurso real de delitos), Art. 51 (concurso real retrospectivo).

En la legislación procesal, en relación a la actividad individualizadora de la pena, se cuenta con criterios normativos especiales para intervenir en la calificación cuantitativa de la pena, en la modalidad de efecto premial, para beneficiar al imputado o algún involucrado en el caso penal concreto. Tales situaciones especiales pueden presentarse en casos de la *confesión sincera* en el Código de procedimientos penales<sup>122</sup> (art. 136) y en el Nuevo Código procesal penal de 2004<sup>123</sup> (en adelante, NCPP), así como la *Conclusión anticipada del proceso* (art. 471 del NCPP), *conclusión abreviada del proceso* (inciso 2° y 5° del art. 372 del NCPP), por *colaboración eficaz* (Ley N.° 27378 y los artículos 472 y 474 del NCPP) y otras.

### 2.11.3. Criterios de individualización con la concurrencia de las circunstancias

Si bien la determinación de la pena transcurre por un proceso secuencial que debe cubrir etapas de desarrollo -donde al individualizar la sanción punitiva en concreto-, es necesario precisar el marco y los límites normativos en la búsqueda de ubicar la pena básica, a fin de evaluar la teoría del delito y su responsabilidad. En segundo término, es importante revisar las circunstancias

---

<sup>122</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES 1940. Ley N.° 9024 de 16 enero de 1940. Jurista editores, edición septiembre 2010, Lima, Perú.

<sup>123</sup> NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL 2004. Decreto Legislativo 957 del 29 de julio de 2004. Jurista editores, edición septiembre 2010, Lima, Perú.



fácticas, personales o sociales para graduar y arribar a la determinación de la cantidad de la pena privativa en concreta, aplicable al responsable de un hecho punible. Según esta premisa, para llegar a una pena en concreto, los criterios e instrumentos a guiarse pueden clasificarse, según el desarrollo doctrinario y jurisprudencial<sup>124</sup> propio del Perú, en torno a la naturaleza, eficacia y en relación de la pena conminada.

#### 2.11.3.1. Las circunstancias según su naturaleza

##### A) Circunstancias genéricas o comunes [o fundamentadoras]<sup>125</sup>

*A nivel de la Norma Sustantiva.* Criterios generales en el artículo 45° y el primer párrafo del artículo 46°, el cual contiene la base para la determinación del *injusto* y la *culpabilidad*. Como primer criterio general constituye el *grado de injusto*, con el cual se determina la gravedad del delito; como segundo criterio general, la *culpabilidad*, con la cual se determina el grado de responsabilidad. Es en este sentido, el sistema de determinación judicial de la pena están sustentadas en criterios que son aplicables a todos los tipos penales, es decir en toda la calificación, el juzgador podrá tomar en consideración necesariamente al momento de fijar una pena conminada.

<sup>124</sup> ACUERDO PLENARIO N° 2-2010/CJ-116. VI pleno jurisdiccional de las salas penales permanente y transitoria de la Corte suprema del Perú. Lima, 16 de noviembre de 2010. Consultada en enero 2011, ver en la Web: [www.lozavalos.com.pe/alertainformativa](http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa). Donde la jurisprudencia peruana se pronuncia sobre las reglas que debería tener ante la concurrencia de las circunstancias. “9°. Esta presencia múltiple de circunstancias agravantes configura lo que la doctrina denomina concurrencia de circunstancias. Según la doctrina y la jurisprudencia nacional, la determinación de la pena concreta, en tales supuestos, demanda una visualización analítica pero integrada, a la vez que coherente, de la calidad y eficacia de las circunstancias concurrentes. Lo cual implica, como regla general, que el Juez no puede dejar de apreciar y valorar cada circunstancia concurrente [Cfr. Acuerdo Plenario N° 1–2008/CJ–116, del 18 de julio de 2008, Fundamento Jurídico 9°]. 10°. Por tanto, todas las circunstancias presentes en el caso sub judice deberán ser evaluadas, atendiendo a su condición, naturaleza y efectos, para poder configurar la pena concreta...”.

<sup>125</sup> Según Aldo FIGUEROA NAVARRO. Ob. cit. Ver en: <http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=75> 8. Refiriéndose a las circunstancias genéricas sostiene que “Los criterios generales o fundamentadores de la aplicación de la pena (art. 45°) o de base para su determinación: injusto y culpabilidad (art. 46°, primer párrafo). En este sentido el sistema de determinación judicial de la pena está sustentado en dos pilares: el grado de injusto; es decir la gravedad del hecho, y la culpabilidad por el acto, como límite máximo al momento de fijar una pena conminada concreta”.

*Circunstancias genéricas relativamente especificadas.* Se encuentra en el segundo párrafo del artículo 46°: se trata de un listado enunciativo de circunstancias fácticas, personales, modo, tiempo y entre otras; son factores aplicables en caso no estén específicamente descritas en el tipo penal, pero que el juez puede eventualmente considerarlas, sea en sentido de agravación o atenuación de la responsabilidad. Según lo sostenido en el Acuerdo Plenario<sup>126</sup> N°. 1-2008/CJ-116 de la Corte Suprema del Perú y Víctor Prado Saldarriaga<sup>127</sup> *las circunstancias comunes o genéricas*, contenidas en el artículo 46° del Código Penal, son las que operan en cualquier proceso de determinación de la pena de cualquier delito (ejemplo en estafa, homicidio simple, etc), y que solo permiten graduar la pena concreta dentro de los márgenes de establecidos por la pena básica.

#### B) Las circunstancias especiales o específicas

A nivel especial de la norma penal sustantiva, estas circunstancias se encuentran reguladas por consideraciones de conexión especial y operan en determinados delitos. Según lo sostenido por Prado Saldarriaga<sup>128</sup>, el prototipo de los artículos 186°, 189°, 297° del Código Penal, en el primero opera exclusivamente con el delito de hurto, en la segunda con el delito de robo, en el tercero con el tráfico ilícito de drogas.

---

<sup>126</sup> ACUERDO PLENARIO N° 1-2008/CJ-116. VI pleno jurisdiccional de las Salas penales permanente, transitorias y especial de la Corte suprema del Perú. Lima, 18 julio de 2008. Consultada en enero 2011, en la Web: [www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2008/setiembre/18/pleno\\_jurisdiccional.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2008/setiembre/18/pleno_jurisdiccional.pdf). Fundamento jurídico N°. 8: “Se denomina CIRCUNSTANCIAS a aquellos factores objetivos o subjetivos que influyen en la medición de la intensidad del delito (antijuridicidad o culpabilidad), haciéndolo más o menos grave. Función principal es coadyuvar a la graduación o determinación del quantum de la pena aplicable al hecho punible cometido. En ese contexto se consideran como circunstancias comunes o genéricas a aquellas que pueden opera con cualquier delito. Por ejemplo las circunstancias contenidas en el artículo 46 del Código penal...”.

<sup>127</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Determinación judicial de la pena. Seminario taller: Nuevos criterios para la determinación judicial de la pena, Sala penal permanente de la Corte Suprema.*, Lima, Perú, impreso en talleres gráficos de editora jurídica grijley, abril 2008, pp. 34-35.

<sup>128</sup> Ídem. Pp. 35-36. Refiriéndose a la denominación de las circunstancias especiales y a las denominaciones erradas de llamar los tipos penales, quien sostiene que, por ejemplo “...no existe el micro comercialización de drogas en nuestra legislación, esto es un argot, es una expresión periodística, lo que tenemos es tráfico de drogas que puede tener circunstancias atenuantes en función del escaso volumen, es otra cosa...”.

Por otro lado, en la parte general del CP, se encuentran descritas las circunstancias especiales, consideradas como aquellas que va eximir, excusar, atenuar o, agravar en la calificación del hecho punible o de su culpabilidad, según Aldo Figueroa Navarro<sup>129</sup>, con este rótulo se alude a todas aquellas circunstancias adicionales al injusto que autorizan al juzgador a imponer una pena por debajo del mínimo legal o por encima del máximo legal conminados.

129

FIGUEROA NAVARRO, Aldo. Ob. cit. Ver en:

<http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=75>

8. "Las normas penales concernientes a las circunstancias especiales, consideradas como aquellas que va eximir, excusar, atenuar, agravar en la calificación del hecho punible o de su culpabilidad. por ejemplo, tenemos dentro de la parte general en el Art. 14, que nos habla sobre *el error de tipo y error de prohibición*, en donde en ciertos casos excluirá, agravará o atenuará la pena; el Art. 15, sobre *el error de comprensión culturalmente condicionado*, donde podría eximir de responsabilidad a razón de que las costumbres culturales son diferentes; el Art. 16, sobre la *tentativa*, donde se puede disminuir la pena a causa de que el hecho no ha sido consumado; el Art. 21, sobre *responsabilidad restringida*, cuando el hecho no reúne los requisitos necesarios del Art. 20 (*causas eximentes o atenuantes*) para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, la pena disminuye a límites del mínimo legal; Art. 22, sobre *imputabilidad restringida por la edad*, donde podrá reducirse la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de 18 años y menos de 21 años o más de 65 años al momento de realizar la infracción, salvo los que se excluyen en dicha norma. Asimismo dependiendo según los Art. 23, sobre *autoría, autoría mediata y coautoría*; Art. 24, sobre *instigación*; Art. 25, *complicidad primaria y complicidad secundaria*, la pena será equiparada o disminuida prudencialmente; además de tener en cuenta hasta el Art. 26, sobre *incomunicabilidad de las circunstancias y cualidades*, en donde si afectan la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible, es decir, por ejemplo se habla sobre la ruptura del título de imputación en donde será para cada cual de manera individual; y el Art. 27, sobre *actuación en nombre de otro*, donde la responsabilidad del representante autorizado lo será en calidad de autor y no de la persona jurídica a quien representa. Además tenemos el Art. 48, sobre *el concurso ideal de delitos*, cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de 35 años de pena privativa de libertad; Art. 49, sobre *delito continuado y delito masa*, cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un solo delito continuado y se sancionará con la pena correspondiente más grave, quedará excluido cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos; Art. 50, sobre *concurso real de delitos*, que cuando ocurran varios hechos punibles se sumaran la pena concreta parcial, la cual no deberá superar el doble de la pena básica del delito más grave, a su vez, no excediendo los 35 años de pena privativa de libertad; y Art. 51, sobre *concurso real retrospectivo*, si después de la sentencia condenatoria se descubriere otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado será sometido a proceso penal y la pena que se fije se sumará a la anterior, hasta un máximo del doble de la pena más grave, no pudiendo exceder a los 35 años".

Aquí una acotación, por ejemplo, los factores *casa habitada, durante la noche y pluralidad de agentes* pueden operar en los delitos de robo agravado y hurto agravado, mientras que la tercera de ellos además podría operar en el tráfico ilícito de drogas. En esta línea de exposición, estamos ante la circunstancia especial que va agravar la responsabilidad penal del autor o partícipe de un hecho punible y por otro lado, que una circunstancia puede estar figurada como agravante en más de un tipo penal. En ese sentido, cuando se habla de circunstancias especiales o específicas en los mencionados artículos, no se está hablando de tipos penales, sino de circunstancias que únicamente coadyuvan a la determinación del agravante.

#### C) Circunstancias elementos típicos accidentales<sup>130</sup>

Aquellas circunstancias que concurren con una conducta típica<sup>131</sup> se anexan a esta y, de esta manera, forman un tipo penal derivado, el cual se conoce como *elemento típico accidental*. Es decir, circunstancias añadidas a un tipo legal básico se integran con él y determinan la configuración de un tipo penal derivado privilegiado o cualificado, por ejemplo, el factor *parentesco* en el caso de homicidio con el parricidio.

#### 2.11.3.2. Las circunstancias según su eficacia

##### A) Circunstancias atenuantes

Circunstancias atenuantes de naturaleza general son aquellas que se encuentran descritas en artículo 46 del CP y que pueden operar en cualquier tipo de delitos. A su vez, las circunstancias atenuantes de tipo específica, ya sea las que se encuentran reguladas en la parte general y especial de la norma sustantiva penal, operan en determinados delitos. En términos generales, la consideración de estas circunstancias puede llevar a la reducción o aplicación de una pena menor; mientras que la participación de las circunstancias

---

<sup>130</sup> PRADO SANDARRIAGA, Víctor Roberto. Ob. cit., p. 36.

<sup>131</sup> PRADO SANDARRIAGA, Víctor Roberto. *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*. Primera edición, Lima, Perú, 2010, editorial IDEMSA, pp. 139-140..

específicas<sup>132</sup> conlleva a la determinación de la existencia de un menor desvalor de la conducta realizada o un menor reproche de culpabilidad sobre el agente, consecuentemente habrá menor intensidad en la culpabilidad y menor punibilidad para el autor.

Se encuentran aquí la omisión impropia, error de tipo y prohibición, la tentativa, las eximentes de responsabilidad incompletas, la responsabilidad por razón de la edad, la complicidad secundaria y otras instituciones procesales como la confesión sincera o la colaboración eficaz (parte general del CP), delito contra estado civil por un móvil de honor (parte especial, artículo 146 del CP) y entre otros.

#### B) Circunstancias agravantes

Las circunstancias agravantes de tipo general se encuentran reguladas en el artículo 46 del CP, si bien pueden operar en cualquier tipo de delitos para atenuar el grado de responsabilidad penal, pero intervienen dentro del margen del tipo penal base. En cambio, las circunstancias especiales agravantes encontramos tanto en la parte general y especial del CP, operan como elemento graduable por encima del límite máximo de la pena básica; en ese sentido, intervienen orientadas a incrementar el desvalor de la conducta, el incremento de la culpabilidad y el reproche del autor, producen como efecto la aplicación de una pena mayor. Se considera el concurso ideal de delitos, el llamado delito masa, el concurso real de delitos, la circunstancia agravante por la condición de funcionario público, la reincidencia y la habitualidad.

Aquí una precisión adicional: en la legislación penal se halla criterios o reglas de individualización de la pena, de modo especial y particular, el *sistema de grados*<sup>133</sup>, como aplicación o uso de tales criterios, referidos a la concurrencia

---

<sup>132</sup> Ídem. p. 141. “Son atenuantes aquellas que por señalar un menor desvalor de la conducta realizada, o un menor reproche de culpabilidad sobre el agente, producen como efecto la consideración de la menor punibilidad o aplicación de una pena menor”.

<sup>133</sup> Confróntese en ACUERDO PLENARIO N° 2-2010/CJ-116. Ob. cit. cuando realiza análisis jurídico de la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias agravantes específicas de diferente grado o nivel, en el 12° fundamento jurídico aclara: “12°. El problema a dilucidar está en relación con la Concurrencia de Circunstancias Agravantes

de circunstancias específicas de diferente grado o nivel que generan escalas punitivas diferentes y ascendentes<sup>134</sup> entre sí, las cuales se encuentran en regulaciones de delitos como el secuestro, robo, tráfico ilícito de drogas y otros.

### C) Circunstancias mixtas

Son aquellas circunstancias que intervienen en la calificación o determinación de la responsabilidad, de un modo especial o particular, desprendida en torno a la voluntad de la política criminal del legislador, que un factor puede servir para la graduación o atenuación de la responsabilidad en una determinada acción ilícita o tipo penal, pero que la misma circunstancia o factor está o puede estar desconsiderada en otro ilícito penal. En ese sentido, Prado Saldarriaga<sup>135</sup> sostiene que son circunstancias mixtas las que operativamente pueden producir, según la decisión política criminal del legislador, un efecto agravante o atenuante. Por ejemplo, el factor *parentesco del autor con la víctima*, inciso 4° del artículo 179 (agravante) y en según el artículo 208 del CP (circunstancia excluyente de punibilidad)

#### 2.11.3.3. En relación de circunstancia con la pena conminada

La característica común de este tipo de circunstancias es que su presencia genera la configuración de un nuevo marco de conminación penal. Es decir, con ellas se modifican los límites legales de mínimos o máximos de la pena conminada para el delito.

---

Específicas de distinto grado o nivel. Este conflicto se presenta cuando en la realización de un delito concurren simultáneamente circunstancias agravantes que, como en el ejemplo anteriormente planteado, no corresponden a un mismo nivel o grado sino a diferentes grados y, por tanto, están vinculadas a distintas escalas de pena conminada. El siguiente ejemplo grafica tal situación: X ha cometido un delito de robo en casa habitada (Art.189°, Inc. 1, primer párrafo, pena privativa de libertad entre doce y veinte años), apoderándose de un bien de valor científico (Art. 189°, 4, segundo párrafo, pena privativa de libertad entre veinte y treinta años), y causando lesiones graves al propietario del inmueble (Art. 189°, tercer párrafo). En estos casos la circunstancia de mayor grado absorberá el potencial y eficacia agravante de las de grado inferior...”

<sup>134</sup> PRADO Saldarriaga, Víctor Roberto. Ob. cit. (año 2010), pp. 142-143. Refiriéndose a las circunstancias agravantes de diferente grado o nivel sostiene que “...En estos casos las agravantes de segundo o tercer grado consignan escalas de penas conminadas más severas que las que se establecen para las otras agravantes de menor grado”.

<sup>135</sup> Ídem. Pp. 140-141.

#### A) Circunstancias cualificadas

Estas circunstancias se manifiestan en la modificación ascendente de la conminación penal que se proyecta por encima del máximo legal original, el cual ahora se convierte en un mínimo. Ejemplo de ello es la circunstancia cualificada de reincidencia<sup>136</sup> y de habitualidad regulada los artículos 46B y 46C del CP respectivamente.

#### B) Circunstancias privilegiadas

Estas circunstancias conllevan a la modificación descendente y varían en mínimo legal original y son sustituidas por un nuevo e inferior. Un ejemplo de esta clase de circunstancia, se halla en el artículo 22 del CP (la edad del inculpado), artículo 25 del CP (complicidad secundaria), artículo 16 del CP (la tentativa) y otras.

#### 2.11.4. Alcances de otros criterios especiales de individualización judicial de la pena en delitos específicos

En este apartado se propone realizar algunos alcances de las reglas o criterios especiales de individualización judicial de la pena en determinados delitos, se tiene en el concurso de delitos, delito continuado y delito masa (CP); en la terminación anticipada y terminación abreviada del proceso, y colaboración eficaz (NCPP). Los cuáles, serán considerados –más que un trabajo de análisis- de mera descriptiva o señalamiento de los criterios técnicos que se encuentra descritas en los delitos precitados.

---

<sup>136</sup> Confróntese en ACUERDO PLENARIO N° 1-2008/CJ-116. Ob. cit. los criterio expuestos en literal a y b del fundamento jurídico 13°: “a) sobre la operatividad paralela de las mismas circunstancias (...) la reincidencia y la habitualidad (...) sólo deben apreciarse en su rol de circunstancias cualificadas, pues únicamente en ese caso pueden agravar la pena por encima del marco de conminación legal de la sanción para el delito cometido, lo cual fue el sentido de su reincorporación al derecho penal nacional; b) sobre la eficacia de las agravantes calificadas para la determinación judicial de la pena concreta. La condición cualificada de una agravante siempre demanda que el juez determine la pena concreta dentro del nuevo marco conminatorio que ha fijado la ley como consecuencia punitiva para la reincidencia y habitualidad...”.

#### 2.11.4.1 A nivel de sistema penal vigente

##### A) En el concurso de delitos

###### a) Alcances generales

En términos generales, se podría describir al fenómeno de concurso de delitos como el acontecimiento de varios delitos, ocurridos por uno o varios hechos de una persona que, en vez de un delito, comete varios de ellos. Es decir, el concurso de delitos se manifiesta cuando un mismo sujeto activo ejecuta varios delitos o varias acciones punibles, constituyéndose en pluralidad de delitos. Las cuales pueden adoptar dos formas: concurso ideal, también llamado formal, y concurso material, denominado real.

###### b) Los criterios de individualización de la pena en el concurso de delitos

*En el concurso ideal de delitos*, desde una perspectiva técnica jurídica, se considera que existe pluralidad de delitos de este tipo cuando con una sola acción u omisión se violan diversas disposiciones legales. En este contexto surge la necesidad de empleo o uso de un criterio de individualización de la pena, para lo cual el legislador ha establecido reglas de criterio que cuantifican la pena. En tal sentido, el sistema penal (Art. 48 del CP) establece o fija reglas<sup>137</sup> de individualización de la pena: primero, la pena básica sería siempre la más grave de las previstas para el tipo penal realizado; segundo, dicha pena básica se podría incrementar hasta en una cuarta parte por encima del máximo legal.

*En el concurso real de delitos*, el concurso real de delitos se produce cuando hay varios hechos realizados por la misma persona y cada uno de ellos es un delito independiente, no conectado con los demás; es decir, este concurso delictual se producirá cuando la pluralidad de delitos provenga de la

---

<sup>137</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Ob. cit. (de 2010), pp. 164-165. En referencia al texto original del artículo 48 del CP, sostiene que el criterio de terminación de la pena concreta se regía por el *principio de absorción*.



multiplicidad de hechos: cada uno de estos hechos debe ser delictivo en sí y punible aisladamente. En ese sentido, las reglas para la cuantificación de la pena se encuentran establecidas en el artículo 50<sup>138</sup> del CP, en concordancia a lo establecido en el Acuerdo plenario de la Corte Suprema. Este procedimiento se rige por un criterio especial derivado del *principio de acumulación*<sup>139</sup>. Por consiguiente, el procedimiento de individualización de la pena concreta se desarrolla siguiendo el siguiente esquema: primero, se debe definir una pena básica y concreta para cada delito integrante del concurso, en la consideración y valoración de las circunstancias concurrentes en ella; segundo, se sumarán las penas concretas parciales obtenidas para cada delito, lo que aportará como resultado la pena concreta total del concurso real.

#### B) En el delito continuado y delito masa

*En el delito continuado*<sup>140</sup>, de acuerdo a la técnica legislativa, se considera como delito continuado el resultado de sucesión de hechos que están vinculados a causa de que su fraccionamiento fue necesario; es decir, siguiendo lo sostenido por Prado Saldarriaga<sup>141</sup>, ello se da cuando varias acciones ejecutan una misma resolución o decisión criminal, a su vez involucra varias violaciones de un mismo dispositivo penal o de otro de igual o semejante naturaleza. En ese sentido, el artículo 49 del CP establece las reglas o criterios de determinación de la pena concreta, las cuales consiste en aplicar la pena pertinente al delito cometido cuando los actos realizados corresponden a un mismo tipo de infracción.

---

<sup>138</sup> Ídem. Pp. 164-162. En torno al texto original del artículo en mención, sostiene que se regía por criterios de los *principios de absorción y de asperación*.

<sup>139</sup> ACUERDO PLENARIO Nº 4-2009/CJ-116. V pleno jurisdiccional de las Salas penales permanente, transitorias y especial de la Corte suprema del Perú. Lima, 13 de noviembre de 2009. Jurisprudencia penal vinculante, jurista editores, marzo 2010. Confróntese los fundamentos 6º y 7º.

<sup>140</sup> Confróntese en ACUERDO PLENARIO Nº. 8-2009/CJ-116. "... El delito continuado consiste en la realización de acciones similares u homogéneas en diversos momentos pero que transgreden en mismo tipo legal (...). No todos los delitos admiten la figura de delito continuado. En ese sentido "solo es viable, entonces, en los delitos cuyo injusto sea cuantificable, susceptible de agravación con actos que se realizan en sucesión agresiva..."

<sup>141</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Ob. cit. (de 2010), pp. 172-175.

*El delito masa* se configura sobre la base de la pluralidad de personas que resultan perjudicadas por el delito continuado que ejecuta el agente, que se presenta en la calidad de circunstancias agravantes específica y cualificada del delito continuado. En tal sentido, la determinación de la pena concreta en este delito, se encuentra establecida en el artículo 49 del CP y en concordancia con el Acuerdo plenario<sup>142</sup> de la Corte Suprema se podría regir por las reglas del *criterio de asperación* (como sostiene la doctrina nacional<sup>143</sup>), el cual consiste en que se debe determinar la pena a partir de una nueva escala de pena conminada, donde el mínimo legal corresponde al máximo original previsto para el delito continuado cometido y el nuevo máximo legal se extiende a un tercio por encima de aquel.

### C) La confesión sincera

#### a) Percepción general de la confesión sincera

Acerca del concepto de la confesión en la actividad procedimental, doctrinariamente se tiene, según Mixán Mass<sup>144</sup>, que “la confesión en el procedimiento penal es un acto procesal que consiste en la declaración necesariamente personal, libre, consciente, sincera, verosímil y circunstanciada que hace el procesado, ya sea durante la investigación o en el juzgamiento, aceptando total o parcialmente su real autoría o participación en la perpetración del delito que se le imputa”. En el mismo sentido, José Antonio Neyra Flores<sup>145</sup> sostiene que “la confesión, es un acto procesal que consiste en la declaración necesariamente personal, libre, voluntaria, consciente, sincera, verosímil y circunstanciada que hace el procesado, ya sea durante la investigación o el juzgamiento, aceptando total o parcialmente su real autoría o participación en la perpetración del delito que se le imputa”. A partir de ello, se puede describir y precisar los efectos de esta institución jurídica, que en orden a la admisión de cargos tienen que ver con el procedimiento penal y, en segundo lugar, con la

<sup>142</sup> Confróntese en ACUERDO PLENARIO N.º 8-2009/CJ-166

<sup>143</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. Ob. cit. (de 2010), pp. 174-176.

<sup>144</sup> MIXAN MASS, Florencio, *La prueba en el procedimiento penal*, editorial ediciones jurídicas, Lima, 1991.

<sup>145</sup> NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral, editorial IDEMSA, Lima, 2010, pp. 560-561.

sanción penal. En esta parte se abordará este último efecto por ser de mayor relevancia para este trabajo de investigación.

***En la medición de la pena***, según la técnica legislativa, la *confesión sincera* constituye un beneficio o *premio* al imputado que ha confesado su delito de manera sincera y espontánea, evitando así poner en marcha el aparato judicial al dar inicio a un proceso que podría ser extensa. En tal sentido, en atención a esta circunstancia, el artículo 161 del NCPP establece un criterio especial de individualización de la pena, que consiste en que el órgano judicial, al momento de determinar la pena concreta, en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso, especificando los motivos que la hacen necesaria, podrá, disminuir prudencialmente la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal.

b) Criterios de individualización de la pena con la circunstancia de *confesión sincera* y terminación especial de los procesos penales

De acuerdo a lo sostenido en el anterior, estos efectos se producen dentro del proceso penal, de manera especial y particular, con calidad de circunstancia o factor que incide con preponderancia en la individualización de la pena. Así tenemos:

i. En la conclusión anticipada del proceso

En términos generales, la conclusión anticipada también denominada terminación anticipada del proceso, según la técnica legislativa del artículo 468<sup>º</sup> del NCPP se considera como un proceso especial que se da a iniciativa del fiscal o del imputado en cualquier delito, el cual tiene lugar una vez expedida la Disposición de Formalización de la investigación preparatoria y hasta antes de formularse la acusación, materializado en un acuerdo provisional entre el fiscal y el imputado sobre la pena, la reparación civil y demás consecuencias accesorias que serán objeto de debate en audiencia privada. El juez analizará la suficiencia probatoria, la legalidad y razonabilidad del acuerdo provisional

propuesto; en caso sea aprobado, se expedirá sentencia condenatoria anticipada en acto público.

En cuanto a la determinación concreta de la pena, en conformidad del Acuerdo plenario<sup>146</sup> de la Corte Suprema y según lo sostenido por Prado Saldarriaga, el criterio o la regla de individualización de la pena se desarrolla siguiendo el siguiente esquema: primero, la necesidad de que las partes (el fiscal y el imputado) acuerden una propuesta de pena concreta consensuada, que en ella debe contener y ser apreciadas la circunstancia de confesión sincera y sus efectos atenuantes, que debería ser controlada y aprobada por la autoridad judicial (en concordancia a que la pena consensuada no debería ser ilegal ni arbitraria) y; segundo, la aplicación de una bonificación legal consistente en la reducción de una sexta parte de la pena y que obtendría el imputado por el solo hecho de acogerse al procedimiento especial, como una posibilidad de adicionar a los efectos de atenuación punitiva generados por la confesión sincera del procesado (según el artículo 471 del NCPP).

---

<sup>146</sup> ACUERDO PLENARIO N° 5-2009/CJ-116. V pleno jurisdiccional de las salas penales permanentes y transitorias de la Corte suprema de justicia del Perú. Lima, 13 de noviembre de 2009. Consultada en marzo de 2010 en Web: <http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/27inves.pdf>. En referencia a los beneficios en el proceso especial de terminación anticipada, en el fundamento 13 ° y el 14 ° establece: “13°. La determinación de la pena debe respetar los ámbitos legales referidos tanto a la configuración de la pena básica –definida como la configuración del marco penal establecido por el tipo legal y las diferentes normas que contienen las circunstancias modificativas de la responsabilidad genéricas, sean agravantes y/o atenuantes-, como al establecimiento de la pena concreta o final –que es el resultado de la aplicación de los factores de individualización estipulados en los artículos 45° y 46° del Código Penal, siempre dentro del marco penal fijado por la pena básica y a partir de criterios referidos al grado de injusto y el grado de culpabilidad-.

El acuerdo deberá determinar la pena concreta o final consensuada, cuyo examen, bajo las pautas señaladas líneas arriba –juicios de legalidad y razonabilidad de la pena-, corresponde realizar al Juez.

14°. El artículo 471° NCPP estipula una reducción adicional acumulable de la pena de una sexta parte. Cabe puntualizar que la última frase del citado dispositivo legal precisa que el beneficio en cuestión es adicional y se acumulará al que reciba por confesión. Ésta última es una circunstancia modificativa de la responsabilidad de carácter genérica y excepcional, en tanto permite disminuir la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal (artículo 161° NCPP), que lo que hace es redefinir el marco penal correspondiente, de ahí que es lógica la disposición procesal que la diferencia del beneficio por el acogimiento a la terminación anticipada y, por tanto, no encuentra obstáculo a su acumulación.

Ahora bien, la aplicación del beneficio de una reducción de una sexta parte se refiere a la pena concreta o final. Sobre ésta, una vez definida, es que ha de operar la reducción en una sexta parte –es una pauta de disminución fija y automática, es decir, tasada-. El acuerdo podrá consignarla, pero en todo caso siempre diferenciándola de la pena concreta y final, del resultado final como consecuencia del beneficio aludido, a efecto de que el Juez pueda definir con seguridad y acierto la realidad del beneficio premial y su exacta dimensión”.

ii. En la conclusión abreviada del proceso

En líneas generales, la terminación anticipada o también conocida como conclusión anticipada de debate oral consiste en que se va a abreviar el proceso en la fase de juzgamiento, por la circunstancia especial en que el procesado podría allanarse, de manera espontánea e informada, a los términos fácticos de la acusación fiscal y promover con ello una sentencia condenatoria, sin necesidad de desarrollar la secuencia integral y ordinaria del juicio oral (sobre todo lo concerniente a la actividad probatoria).

En torno a la determinación judicial de la pena, según el inciso 2° del artículo 372 del NCPP y en concordancia del Acuerdo Plenario<sup>147</sup> N.º 5-2008/CJ-166, los efectos son distintos y menores de lo que produce la confesión sincera y la determinación anticipada del proceso. En ese sentido, la pena a imponer será una atenuación menor en la respuesta de conformidad, siendo la reducción de la pena no mayor de la sexta parte, sino que se podrá graduarse entre un séptimo o menos, según la entidad o complejidad del hecho y la situación personal del imputado, y del nivel y alcance de su actitud procesal.

D) En la colaboración eficaz

Se considera, que esta institución jurídica incide en la individualización de la pena, de modo especial y particular, en vía procesal y, de esta manera, se

---

<sup>147</sup> Confróntese en ACUERDO PLENARIO N° 5-2009/CJ-116. Ob. cit. En fundamento 19° establece: "A mayor abundamiento, la incorporación del proceso de terminación anticipada en la etapa intermedia del proceso común no sólo desnaturaliza su regulación propia y naturaleza jurídica, sino que tergiversa otro eje de su reconocimiento en el proceso penal nacional: la función de acortar los tiempos procesales y evitar las etapas procesales comunes intermedia y de enjuiciamiento, precisamente uno de los fundamentos que permite el beneficio premial de reducción de la pena de una sexta parte. Si se incoa en sede de etapa intermedia no podría aplicarse, en sus propios términos, el artículo 471° NCPP por no cumplir su finalidad político criminal». Y en ACUERDO PLENARIO N° 5-2008/CJ-116. IV pleno jurisdiccional de las Salas penales permanente, transitorias y especial de la Corte suprema del Perú. Lima, 18 de julio de 2008. *Jurisprudencia penal vinculante*, jurista editores, marzo 2010. En fundamento 23° establece: «... No es lo mismo culminar la casusa en sede instrucción, poniéndole fin anticipadamente, que esperara su culminación y el inicio del juicio oral, como sucede en la conformidad por oposición a la terminación anticipada. En consecuencia la reducción de la pena no puede llegar a una sexta parte; ha de ser siempre menor de ese término ...".

constituye en un nuevo procedimiento penal que responde a los fines de oportunidad y búsqueda de elementos de prueba en el esclarecimiento de delitos y de autores en el ámbito de la transacción penal, como un medio de lucha no convencional contra el crimen organizado. Se trata de un procedimiento de naturaleza especial, distinta a los tradicionalmente conocidos, con características singulares de inicio, tramitación, acuerdo y aprobación judicial mediante la expedición de una sentencia judicial. En este sentido, la colaboración que se puede obtener de los propios inculpadados o de particulares en el sistema probatorio criminal se ve retribuida con beneficios judiciales o de protección a su favor.

En este caso, el efecto premial en el ámbito de punibilidad para el colaborador que se tiene en la *norma penal adjetiva* es de distinta naturaleza<sup>148</sup>: la exención de la pena, la disminución de la pena hasta un medio por debajo del mínimo legal, la suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio, conversión de la pena privativa de libertad de hasta cuatro años o la liberación condicional y la remisión de la pena, para el colaborador que se encuentra cumpliendo condena por otro delito.

#### 2.11.4.2 Alcances sobre la individualización judicial de la pena en el Anteproyecto del Código Penal de 2009

En el Anteproyecto<sup>149</sup> de Código Penal de 2009 se introducen algunas modificaciones al procedimiento de determinación de la pena. En materia de

---

<sup>148</sup> Confróntese en NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL 2004. Donde en el Artículo 474 establece beneficios premiales para el colaborador eficaz: "...2. El colaborador podrá obtener como beneficio premial, teniendo en cuenta el grado de eficacia o importancia de la colaboración en concordancia con la entidad del delito y la responsabilidad por el hecho, los siguientes: exención de la pena, disminución de la pena hasta un medio por debajo del mínimo legal, suspensión de la ejecución de la pena, liberación condicional, o remisión de la pena para quien la está cumpliendo.

3. El beneficio de disminución de la pena podrá aplicarse acumulativamente con la suspensión de la ejecución de la pena, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 57° del Código Penal..."

<sup>149</sup> FONDO EDITORIAL DEL CONGRESO DEL PERÚ. El nuevo Código penal peruano. Exposición de motivos. Anteproyecto del Código penal y estudios sobre Derecho penal. Primera edición, Lima, Perú, 2011. La COMISIÓN ESPECIAL REVISORA DEL CÓDIGO PENAL fue conformada de siguiente modo.

Por **Congreso de la República**: Carlos Alberto Torres Caro (Presidente), Aldo Estrada Choque, Cayo Galindo Sandoval, José Vargas Fernández, María Sumire de Conde y Víctor

principios no se plantean cambios sustantivos, en cambio sí inciden cambios en la Aplicación de la pena (CAPITULO II); son un marco referencial que guían la interpretación y valoración del grado del injusto y del grado de responsabilidad del autor o partícipe de un hecho delictivo en la individualización de la pena. En la fase de determinación judicial de la pena, se podría afirmar que el juez se orienta básicamente por el criterio de retribución, teniendo en cuenta el principio de culpabilidad. En el ámbito de las normas generales o los criterios generales, el Anteproyecto del Código penal de 2009 introduce un procedimiento reglado de determinación de la pena, pero el presupuesto para fundamentar y determinar la pena (contenida en el artículo 43) es casi idéntico a lo estipulado en el artículo 45 del CP vigente. Lo que si se manifiestan los cambios bien marcadas es referente a la INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA<sup>150</sup>

---

Sousa Huanambal; **Poder Judicial:** Aldo Figueroa Navarro, Javier Villa Stein, Pablo Rogelio Talavera Elguera, Robinson Gonzáles Campos y Víctor Prado Saldarriaga; **Ministerio Público:** Emérito Salinas Siccha, Pablo Sánchez Velarde y Tomás Aladino Gálvez Villegas; **Ministerio de Justicia:** Carmen Rivera Tejada, Fernanda Isabel Ayasta Nassif y Ricardo Váscones Vega; **Defensoría del Pueblo:** Gisella Vignolo Huamaní, José Ávila Herrera; **Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú:** Alexei Dante Sáenz Torres, Arsenio Oré Guardia, Eduardo Oré Sosa, Juan Portocarrero Zamora, Luis Lasmás Puccio, Pavel Alvarado Peñaloza y Rosa Mavila León; **Asamblea Nacional de Rectores:** Luis Alberto Bramont-Arias Torres, José Urquiza Olaechea, Juan Abraham Ramos Suyo, José Ugaz Sánchez Moreno, Mario Amoretti Pachas, Óscar Morales Vega, Iván Meini Méndez, Mario Pablo Rodríguez Hurtado y Juan Carlos Jiménez Herrera; **Consejo Consultivo:** Carlos Mansilla Gardella, Eugenio Raúl Zaffaroni, Felipe Villavicencio Terreros, Francisco Muñoz Conde, Juan Bautista Ramírez, Javier Valle – Riestra, Juan Efraín Chill Mesarina, Juan Portocarrero Hidalgo, Luis Bramont Arias y Luis Roy Freyre. Y entre otros.

<sup>150</sup> Confróntese en Anteproyecto del Código penal peruano de 2009. Ob. cit. “44.- INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

Toda condena deberá contener una fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.

Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible, o modificatorias de la responsabilidad. El Juez determinará la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:

1. Identificará la pena básica o espacio punitivo de determinación a partir de la pena fijada en la ley para el delito.
2. Determinará la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes. Para ello, observará las reglas siguientes:
  - a. Dividirá el espacio punitivo de la pena básica en tres partes.
  - b. Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta deberá determinarse dentro del tercio inferior.
  - c. Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta deberá determinarse dentro del tercio intermedio.
  - d. Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta deberá determinarse dentro del tercio superior.
3. Cuando concurren circunstancias atenuantes o agravantes cualificadas, la pena concreta se determinará de la manera siguiente:
  - a. Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determinará por debajo del tercio inferior.

(artículo 44) y a la consideración o valoración de las circunstancias (artículos 45, 46 y 47). Aquí se puede observar que en la individualización judicial de la pena existe un conjunto de reglas y técnicas de individualización, a diferencia del actual Código sustantivo penal, una herramienta objetiva ordenada y racionalmente que le permite al juez determinar la pena a aplicar, y que además con particular novedad de que los jueces están obligados a motivar debidamente la resolución explicando cada uno de los pasos para determinar la pena aplicable (“Toda condena deberá contener una fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”).

En términos esquemáticos y procedimentales, en la parte general del Anteproyecto, por un lado, en el artículo 44, se presenta un conjunto de etapas en que el juez debe desarrollar para determinar la pena aplicable en concreto dentro de los límites fijados por la ley, iniciando primero con la identificación de la pena básica o espacio punitivo de determinación, y luego con la determinación de la pena concreta aplicable que se desarrollará bajo la aplicación de *sistema de tercios* ante la concurrencia de circunstancias genéricas, especiales y cualificadas; dentro de los se realizarán un conjunto de pasos. Por otro lado, en los artículos 45 y 46 del Anteproyecto, encontramos un listado de factores o circunstancias que constituyen circunstancias de atenuación<sup>151</sup> y agravación<sup>152</sup>, pero aquellas que no sean elementos

---

b. Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determinará por encima del tercio superior.

c. En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determinará dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito”.

<sup>151</sup> Confróntese en Anteproyecto del código penal de 2009. “Artículo 45.- CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACIÓN

Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

1. La carencia de antecedentes penales.
2. El obrar por móviles nobles o altruistas.
3. El obrar en estado de emoción, pasión o de temor excusables.
4. La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible.
5. Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias.
6. Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado.
7. Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad.



constitutivos del hecho punible. Y por último, en el artículo 47<sup>153</sup>, encontramos los criterios especiales considerables en la atenuación (cuando la afectación del bien jurídico es leve), la pena se atenuará hasta una mitad por debajo del mínimo legal y para el caso de agravación (en el caso de circunstancia cualificada), la pena se incrementará hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido.

La innovación más importante del Anteproyecto la encontramos en lo que se denomina el *ámbito de movilidad* de la pena; en la que existe la posibilidad que,

---

8. La edad del imputado, en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible”.

<sup>152</sup> Ídem. “ Artículo 46.- CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN

Son circunstancias de agravación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

1. Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad.
2. Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos.
3. Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil, o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.
4. Efectuar la ejecución de la conducta punible inspirándose el agente en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, etnia, ideología, religión, o las creencias, sexo o alguna enfermedad o discapacidad de la víctima.
5. Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común.
6. Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe.
7. Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible que lo necesario para consumar el delito.
8. Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función.
9. La pluralidad de agentes que intervengan en la ejecución del delito.
10. Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable.
11. Cuando la conducta punible fuere dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien estuviere privado de su libertad o se encuentre fuera del territorio nacional.
12. Cuando se produjere un daño grave al equilibrio de los ecosistemas.
13. Cuando para la realización de la conducta punible se hubieren utilizado explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva”.

<sup>153</sup> Ídem. “Artículo 47.- CONSIDERACIONES DE ATENUACIÓN Y AGRAVACIÓN

La pena se atenuará hasta una mitad por debajo del mínimo legal cuando la afectación de bien jurídico producida por el delito sea leve.

La pena se incrementará hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo esta exceder del máximo de pena privativa de libertad temporal establecida en el artículo 29 de este Código, en los casos siguientes:

1. Cuando la conducta punible fuere cometida por funcionario o servidor público con abuso del ejercicio de sus funciones o de su cargo, siempre que tal circunstancia no esté prevista específicamente para la configuración o sanción del delito.
2. Cuando, después de haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad efectiva, se incurra en nuevo delito doloso dentro de los 5 (cinco) años siguientes”.

en un caso concreto, la pena aplicable sea desplazada entre el mínimo y máximo legal conminados a base del empleo de unas reglas especiales de tasación. En este punto, en comparación con la actualidad Código penal vigente, se podría afirmar que existe una marcada diferencia hacia el avance, por lo que se introduce el llamado *sistema de los tercios*, que consiste en que el marco punitivo abstracto para un delito específico es dividido en tres, debiendo el juez penal fijar la pena concreta en uno de ellos según concurren o no, exclusiva o combinadamente, circunstancias atenuantes o agravantes.

De acuerdo al lineamiento planteado, las reglas o criterios para determinar la pena concreta corresponde ante la concurrencia de circunstancia genérica o especial, el cual se presenta bajo siguiente esquema: si el juzgador, en un caso concreto, comprueba que no concurre circunstancia alguna o sólo circunstancias atenuantes deberá fijar la pena en el primer tercio (inferior). Si concurren circunstancias atenuantes y agravantes deberá situar la pena dentro del tercio intermedio; si solo concurren circunstancias agravantes, el juez ha de fijar la pena en el tercio superior. El segundo grupo de concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes cualificadas, se configura del siguiente modo: si el juzgador, en un caso concreto, comprueba que solo concurren circunstancias atenuantes deberá fijar la pena por debajo de tercio inferior. Si solo concurren circunstancias agravantes, el juez ha de fijar la pena por encima del tercio superior. Y si concurren circunstancias atenuantes y agravantes deberá situar la pena dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

#### 2.11.5. Principio de prohibición de doble valoración

Según Fernando Velásquez Velásquez<sup>154</sup>, este principio se encuentra consagrado en el primer párrafo del artículo 46° del Código Penal nacional. El principio de la *prohibición de doble valoración*, también conocido como el *principio de la inherencia*, propio de la determinación de la pena, se trata de la

---

<sup>154</sup> VELASQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Los criterios de determinación de la pena en el c. p. peruano de 1991*. Profesor Titular y Emérito de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín/Colombia. Ver en <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/html/artvel1.htm>, contacto en Suiza: Prof. Dr José Hurtado Pozo. Septiembre de 2008.

valoración de factores o circunstancias, en la que en primer orden, las valoraciones que el legislador tomó en cuenta para la formulación del tipo quedan consumidas, y no pueden ser nuevamente utilizadas por el juez para fundamentar la pena; es decir las circunstancias que son inherentes a la infracción o que sirven de base para la tipificación del hecho punible, no puede ser valorada nuevamente, porque se violentaría el principio del *non bis in ídem*. En segundo orden, ante la concurrencia de dos o más circunstancias que reflejan a un mismo factor para efectos de atenuación o agravación no se puede valorar doblemente. Por ejemplo, en el caso de la comisión del delito de hurto simple previsto en el artículo 185° del Código Penal, el juez no podría valorar el hecho de que el autor con su acción se haya apoderado ilegítimamente un bien mueble sustrayéndolo del lugar donde se encuentre para beneficiarse ilícitamente, pues esto justamente lo que fundamenta el ilícito de hurto, desplazando la aplicación de la circunstancia que ha sido tenida en cuenta al calificar la infracción.

## **2.12. Comentarios a los artículos 45, 46, 46-A, 46-B y 46-C del Código Penal<sup>155</sup>**

### **2.12.1. Los criterios de los artículos 45 y 46**

No parece posible examinar los criterios de determinación de la pena en el Derecho penal peruano vigente de los artículo 45 y 46, haciendo abstracción de los principios generales plasmados en los artículos I a X del Título preliminar del Código Penal que, a su turno, son verdaderos desarrollos de las disposiciones constitucionales —en especial los Arts. 1, 2, 3, 138, 139, 162— y de las normas pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Obviamente, por tratarse de auténticas directrices hermenéuticas, esos axiomas están llamados a servir de orientación para todo el sistema penal, y, en particular, para la problemática de la determinación de la pena, por lo cual no pueden ser soslayados por el intérprete, el analista, o el administrador de Justicia.

---

<sup>155</sup> Este segmento es cita textual de VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ídem. Ver en <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/html/artvel1.htm>

Ahora bien, siguiendo esas directrices constitucionales —para el caso las contenidas en la Carta Fundamental de 1993— y legales, el legislador de 1991 ha concebido las pautas correspondientes en el Capítulo II, del Título III, básicamente en los Arts. 45 y 46, los cuales disponen lo siguiente:

"Artículo 45º. -El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta:

1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente;
2. Su cultura y sus costumbres; y
3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen".

Artículo 46º. – Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificadorio de la responsabilidad, considerando especialmente:

1. La naturaleza de la acción;
2. Los medios empleados;
3. La importancia de los deberes infringidos;
4. La extensión del daño o peligro causados;
5. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión;
6. Los móviles y fines;
7. La unidad o pluralidad de los agentes;
8. La edad, educación, situación económica y medio social;
9. La reparación espontánea que hubiere hecho del daño;
10. La confesión sincera antes de haber sido descubierto; y
11. Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente.

El Juez debe tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima".

2.12.2. La fundamentación y la determinación de la pena en sentido amplio del artículo 45.

1. El origen de la fórmula. Este texto, que no armoniza con el plasmado en el Art. 46, fue confeccionado tomando como punto de partida el Art. 46 del Proyecto de reformas a la Parte general del Código penal de la Nación Argentina, presentado por los Diputados Nacionales Nestor Perú y Oscar L. Fappiano, de la Bancada del Partido Justicialista, donde sí tiene una explicación coherente; de allí, al parecer, lo tomaron los redactores del Código de 1991.

2. Las situaciones previstas en la disposición. El texto legal enfrenta al intérprete ante dos previsiones distintas: de un lado, emplea los conceptos de fundamentación y de determinación de la pena —noción diversa a la de determinación de la pena "dentro de los límites fijados por la ley", consagrada en el Art. 46—; y del otro, señala tres pautas genéricas para que el funcionario judicial cumpla con dichas tareas: las carencias sociales sufridas por el agente; su cultura y costumbres; y los intereses de la víctima, de su familia, o de quienes dependen de ella. Por ello, parece pertinente ocuparse de cada uno de estos asuntos.

En lo que respecta a la primera de las situaciones anotadas, la norma consigna dos conceptos diferentes. En primer lugar, el de la fundamentación de la pena, esto es, el proceso mediante el cual el juez o fallador indica cuál es el cimiento, razón de ser, o principio, sobre el cual edifica la tasación de la sanción o sanciones a imponer, o sea, los argumentos jurídicos fundamentados en criterios racionales que sustentan su decisión; en otras palabras: la disposición reafirma la exigencia constitucional según la cual se deben cimentar adecuadamente las resoluciones judiciales, de tal manera que al condenado no se le sorprenda con tasaciones de la pena caprichosas que, por lo demás, también contrarían la Ley de Leyes en cuanto consagra como modelo de convivencia comunitaria el propio de un Estado Social y Democrático de Derecho, fundado en la dignidad de la persona humana (ver Arts. 1 y 43 de la Const.). Así las cosas, pues, por perentorias disposiciones de orden

constitucional y legal, el juez peruano está obligado a exponer las circunstancias que son decisivas en el proceso de determinación de la pena, sea que se le entienda en un sentido estricto o en uno amplio.

El segundo concepto es el de la determinación de la pena, esto es, aquella tarea comprensiva de todas las cuestiones relativas a la imposición y ejecución de la sanción penal, como las atinentes a los fenómenos de la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio, la conversión de la pena privativa de libertad no mayor de dos años en pena de multa, o la conversión de la pena de multa no pagada en pena privativa de libertad, y, por supuesto, la fijación de plazos para el pago de la multa, etc.; esto es, se parte de una noción amplia de tal figura. No se refiere, pues, el codificador en el Art. 45 a la noción estricta utilizada por el Art. 46, al tenor de la cual se entiende por determinación de la pena la operación mental mediante la cual el Juez, en concreto, una vez examinadas las diversas categorías del hecho punible, fija, precisa, señala cuales son las sanciones imponibles al trasgresor de la ley penal; esto es, la determinación de la pena dentro del marco punitivo, acorde con la culpabilidad por el hecho.

La anterior distinción se impone, pues de lo contrario sería imposible armonizar el texto del Art. 46 —redactado a partir del Art. 41 del C. P. argentino de 1921— con el del Art. 45 —que se deriva del Proyecto argentino mencionado más arriba—, y éste último terminaría sobrando o posibilitando una duplicidad de patrones de individualización de la pena, llamada a sembrar el caos y la confusión, sobre todo cuando se piensa en las pautas contenidas en el Título preliminar del Código. Así, por lo demás, lo ha propuesto la propia doctrina.

3. Los criterios acogidos. Tres son las pautas para cumplir con las tareas mencionadas, en sentido amplio: en primer lugar, se deben tener en cuenta las carencias sociales del agente, con lo cual se consagra el llamado principio de la co-culpabilidad o corresponsabilidad de la sociedad en la comisión del delito, recordando similar previsión legal en el Código penal argentino: "especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos" en la que, justamente, la doctrina de aquél país —citada por la

peruana— ve tal figura. Desde luego, la introducción de este apotegma pone de presente el hecho de que uno de los criterios de la cuantificación penal peruana es el grado de injusto, pues, como dice la doctrina gaucha, "en este caso, el mismo injusto es menor y no únicamente la culpabilidad".

En segundo lugar, pensando en el agente, deben evaluarse "su cultura y sus costumbres" —que es similar al Art. 41 argentino: "...la educación, las costumbres", con precedentes en el Proyecto de Código Penal de 1989, en su Art. 50 Inc. 2—, con lo cual se alude al grado de culpabilidad que cabe deducirle al autor, en cuanto que su formación cultural y el refinamiento o no de sus costumbres, demuestran un mayor o menor grado de reprochabilidad o de exigibilidad. De esta manera, pues, al mismo tiempo que se reitera la fórmula de la co-culpabilidad ya mencionada, se recuerda el carácter pluricultural de la sociedad peruana, destacado por el texto del Art. 2 núm. 19 de la Constitución: "...el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación".

Así mismo, en tercer lugar, se hace referencia a "los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen" (núm. 3), con lo cual se quiere llamar la atención sobre una problemática medular en el Derecho penal contemporáneo: el papel que cumple el afectado con la infracción a la ley penal. Desgraciadamente, la fórmula se ha quedado corta y apenas sí se ha hecho referencia a uno de los tópicos relacionados con el asunto: el atinente al daño causado a la víctima, sus familiares y allegados, que es una cuestión posterior al hecho mismo y que, como tal, nada tiene que ver con el injusto y la culpabilidad; desde luego, lo que sí está íntimamente relacionado con el injusto —por ende, con su graduación—, es lo atinente al papel general del afectado dentro del delito temática que, se repite, no ha quedado comprendida en el texto.

Así las cosas, el tópico en examen no representa una pauta independiente para la tasación de la pena, sino un verdadero factor posterior que de todas maneras opera como verdadero correctivo de los dos criterios iniciales. No obstante, parece indiscutible que los dos primeros criterios cuando se refieren a la personalidad del agente —sea para enfatizar en sus carencias sociales, su

cultura y sus costumbres—, también tienen en cuenta necesidades preventivo-especiales de cara a la resocialización del reo (prevención especial positiva) que operan en la medición de la pena en un sentido amplio, como ocurre cuando el juez se ocupa de la procedencia o no de la suspensión de la ejecución de la pena, de la reserva del fallo condenatorio, de la exención de pena, de las conversiones de pena, etc. (ver Arts. 41 y ss.; 52 y ss.; 57 y ss.; 62 y ss.), en los cuales se requieren consideraciones que tocan con dicha finalidad de la pena. Así las cosas, cuando se piensa en la determinación de la pena en sentido amplio, deben tenerse en cuenta no sólo los fines retributivos sino los preventivo especiales (positivos).

### 2.12.3. La determinación en sentido estricto y el artículo 46

Al respecto se señala:

1. El origen de la fórmula. La previsión legal contenida en esta disposición tiene como primer antecedente el Art. 51 del CP de 1924, sobre todo porque a partir de ella se hace la mención de los once criterios de tasación ya transcritos aunque, a diferencia del inciso 1º del Art. 51 —que hacía descansar dicho proceso en "la culpabilidad y el peligro del agente"—, el inciso primero de la actual se refiere a "la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido". Asimismo, la norma examinada tiene un innegable segundo antecedente en el Art. 41 del Código Penal Argentino de 1921 —en cuya confección tuvieron su influjo los Arts. 90-96 del Código Bávaro de 1813, amén de los proyectos del Código Penal Suizo, cuya ascendencia sobre el Código Peruano de 1924 es también evidente—, aunque limándole ciertas expresiones de claro alcance extremista.

2. Los criterios acogidos. Si es cierto que "la responsabilidad y gravedad del hecho punible" son las bases de tasación de la pena a las que debe acudir el juez, ello significa que tanto las nociones de injusto como la de culpabilidad —responsabilidad en sentido estricto— suministran las dos pautas genéricas de tasación de la pena: el grado de injusto y el grado de culpabilidad, notas propias de un derecho penal orientado hacia la retribución entendida como



limite al ejercicio del ius puniendi del Estado, acorde con los principios del acto, de protección de bienes jurídicos, de culpabilidad, y de proporcionalidad (ver Arts. II, IV, VII y VIII del Título Preliminar).

Resulta extraño que ni en el Art. I ("Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad") ni en el IX del citado Título ("La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora") —que confunde los fines con las funciones— se haya mencionado el fin retributivo de la pena que, obviamente, se infiere no solo de las disposiciones acabadas de citar sino del propio Art. 46. Se observa, pues, una incongruencia manifiesta en una materia que no admite dubitaciones, como es la del engranaje filosófico que anima a un determinado plexo normativo. Por supuesto, los dos criterios centrales de la individualización de la pena, en sentido estricto, aparecen desarrollados en los once numerales contenidos en la disposición y se corresponden con las mismas pautas tenidas en cuenta por el legislador al momento de señalar las penas en las normas vertidas en la Parte especial. Además, ha de considerarse que a diferencia del legislador colombiano del 2000, el codificador peruano no prevé disposiciones de corte genérico destinadas a regular un listado detallado de las circunstancias de atenuación y de agravación, aunque sí se enlistan en la Parte general eventos que cumplen dicho cometido.

3. Las once pautas del Inc. 1 del Art. 46. Son varios los aspectos que requieren ser precisados para un mejor entendimiento del texto. En primer lugar, la norma dispone que la individualización de la pena se debe hacer dentro de los "límites fijados por la ley", porque el Código en comento —como norma general— señala en la Parte especial un marco penal determinado dentro del cual se debe mover el juzgador, constituido por un mínimo y un máximo, que posibilita al juez una relativa potestad de obrar. Obvio es decirlo, por sustracción de materia, ello no es posible cuando se trata de la pena privativa de libertad de carácter perpetuo, señalada en el Código —cuya constitucionalidad, de cara a lo establecido en los Arts. 1, 2 y 3 de la Carta, es más que dudosa—, pues se trata de una conminación penal imposible de ser graduada dada su duración indeterminada y solo se explica en cuanto el legislador acude a criterios

preventivo-generales negativos para intimidar o aterrorizar al conglomerado social. Asimismo, en segundo lugar, el inciso en comento consagra el llamado *principio de la inherencia* o de la *prohibición de la doble valoración*<sup>156</sup>.

En tercer lugar, se mencionan en once numerales las situaciones especiales que el juez debe tener en cuenta para valorar el grado de injusto y el grado de culpabilidad del agente. En efecto, dentro de las pautas del primer orden deben mencionarse las siguientes: la naturaleza de la acción (núm. 1), los medios empleados (núm. 2), y la extensión del daño o peligro causados (núm. 3) — también plasmadas en Art. 41 del Código Penal Argentino—, aunque hubiera bastado con mencionar la primera para comprender las dos últimas; de igual forma, se señala como regla del mismo género la concerniente a "las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión" (núm. 5), que es casi textual del Art. 41 inciso 1, núm. 2 del Código de la Nación Argentina. Además, se hace referencia a "la unidad o pluralidad de los agentes" (núm. 7) que comprende los diversos casos de concurso de personas en el hecho punible (participación criminal en sentido amplio) y va desde las diversas formas de autoría (autoría directa, autoría mediata, coautoría, previstas en el Art. 23 del Código) hasta las modalidades de participación criminal en sentido estricto (instigación y complicidad, a las que hacen referencia los Arts. 24 y 25); obviamente, esta última previsión legal es más clara que la contenida en el Art. 41 del Código Argentino cuando habla de "la participación que haya tomado en el hecho" el agente.

En este segmento se regulan también "los móviles y fines" (núm. 6) que permiten al autor auscultar cuál era el contenido de su voluntad al momento de realizar la trasgresión a la ley penal, esto es, se persigue precisar el grado de injusto que quepa atribuirle (desvalor de acción) y, dado que ambas expresiones son sinónimas, el legislador habrá ganado en claridad refiriéndose solo a los "fines" que hayan motivado al autor a realizar el injusto. En último

---

<sup>156</sup> Este punto ya fue tratado en el 2.11.5 con las mismas ideas del autor citado. Ver en <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/html/artvel1.htm>.

término, supone -además- una referencia al grado de injusto la fórmula vertida en el núm. 3, cuando expresa que para la individualización de la pena se debe tener en cuenta "la importancia de los deberes infringidos", pues se pretende precisar la mayor o menor afectación de los bienes jurídicos (desvalor de resultado) que, de contera, conllevan una trasgresión especial de ciertos valores ético-sociales (desvalor de acción), en la medida en que los "deberes" solo tienen repercusión penal en tanto se traduzcan en una amenaza o lesión para el bien jurídico tutelado, como lo exige de manera perentoria el artículo IV del Título Preliminar.

Al mismo tiempo, aparecen claras referencias al grado de culpabilidad en los siguientes eventos del Art. 46: "la edad, educación, situación económica y medio social" (núm. 8) que, por lo demás, es repetición parcial del segundo criterio contenido en el Art. 45 ("la cultura y sus costumbres"); por supuesto, estos tópicos, al aludir a la personalidad del autor, son indicativos de su capacidad de autogobernarse, de donde cabe inferir un mayor o menor grado de exigibilidad a la hora de formular el juicio de culpabilidad. Sucede igual con la primera parte de la redacción consignada en el núm. 11 cuando habla de "las condiciones personales" del agente y hace nítida mención de la personalidad del autor, aunque también se concibe este texto desde la perspectiva del grado de injusto; ello, desde luego, implica tener en cuenta el grado de culpabilidad a la hora de tasar la pena imponible al trasgresor de la ley penal, dependiendo de la mayor o menor exigibilidad que le quepa por la realización del injusto. Por el contrario, resulta confusa e ininteligible la segunda parte, en cuanto se refiere a las "circunstancias que lleven al conocimiento del agente" que no tiene ningún contenido definido, y se convierte en un galimatías no susceptible de ser aplicado.

Por último, aparecen los textos plasmados en los números 9 y 10, esto es, "la reparación espontánea que hubiere hecho del daño" y "la confesión sincera antes de haber sido descubierto" que no suponen referencias expresas a ninguna de las dos pautas genéricas de determinación de la pena en sentido estricto, dado que se trata de situaciones posteriores a la realización del hecho como sucede con la situación contenida en el núm. 2 del Art. 45, pero que de

todas maneras -de forma indirecta- posibilitan valorar el injusto y la culpabilidad con posterioridad al hecho.

4. El conocimiento del agente por parte del juez. Asimismo, la parte final del Art. 46, que también es reproducción del artículo 41 del Código Argentino dice "El juez debe tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima", esta vez menciona de manera más amplia que en el Art. 45 —con un innegable trasfondo procesal—, a la víctima, con lo cual se reconoce que ella juega un papel decisivo al momento de fijar la pena como elemento neurálgico para la graduación del ilícito. No obstante, lo anterior no significa que se trate de un nuevo criterio de tasación de la pena, porque el estudio de los sujetos activo y pasivo —y dentro de él a la víctima— es una problemática ligada con el injusto. Por supuesto, esta consagración legal persigue un doble cometido: de un lado, garantiza la inmediatez entre el juez o fallador y el reo; y, del otro, asegura que la determinación de la pena sea fruto de la actividad del órgano de la rama jurisdiccional que debe tomar conocimiento directo del agente.

5. ¿Un tercer criterio de determinación de la pena en sentido estricto? El planteamiento hasta ahora esbozado no es, sin embargo, aceptado totalmente por algunos comentaristas para quienes —al parecer dando un alcance distinto al estatuto—, existiría un tercer criterio de tasación que operaría a manera de correctivo: la necesidad de pena que se traduce en la utilización de criterios preventivos a la hora de individualizar la sanción. En efecto, se afirma que "la pena deja de ser necesaria para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales", y que "se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social".

Por supuesto, esta referencia no legal a "la necesidad de la pena" no deja de ser contraproducente y equívoca —como lo es en textos que la consignan expresamente, como el Art. 61 Inc. 3 del CP colombiano de 2000—, pues se trata de una fórmula hueca susceptible de ser rellena con contenidos

diversos e imprecisos, que tornan la individualización no en una tarea judicial llamada a brindar seguridad jurídica, sino en una actividad de adivinación que posibilita afianzar las cacerías de brujas en países de la región. Con semejante punto de partida, pues, de espaldas al derecho positivo, se puede plantear que en la individualización de la pena en sentido estricto tienen cabida los fines preventivos especiales o generales, o ambos al mismo tiempo, al estilo de lo que sostiene —aunque con diversas variantes— gran parte de los estudiosos alemanes del § 46 del CP vigente.

Una conclusión distinta se impone, pues, cuando se parte del contenido de los Arts. IV, VII y VIII del Título Preliminar que consagran de manera vehemente, respectivamente, los principios de protección de bienes jurídicos —"la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley", de culpabilidad —"la pena requiere de la responsabilidad penal del autor"— y de proporcionalidad —"la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho"—; esos axiomas son de rango constitucional dado que emergen del modelo de Estado diseñado por el Art. 1 de la Carta: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

Así las cosas, un Derecho penal como el peruano solo puede tomar en cuenta la prevención general —desde luego, al lado de la culpabilidad retributiva— a la hora de la amenaza penal, esto es, cuando el legislador redacta las escalas punitivas, no en esta sede —en la cual, se repite, solo operan el grado de injusto y el grado de culpabilidad como criterios de individualización de la misma—, porque ello podría comportar la vulneración del principio de la prohibición de la doble valoración; y, en lo que a la prevención especial respecta, ello solo puede suceder en el momento de la ejecución de la pena y, por cierto, cuando se alude a la determinación de la pena en sentido amplio aunque, como ya se anotó al estudiar el artículo 45, sin descontar los fines retributivos.

6. Conclusión. De la exposición del artículo 46 cabe concluir lo siguiente: aluden al grado de injusto los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 46; al

grado de culpabilidad los numerales 8 y 11 en su primera parte. Igualmente, no tienen naturaleza jurídica autónoma, al punto de erigirse en criterios de la tasación de la pena independientes, los núms. 9 y 10 que —de todas maneras— son un indicativo de la gravedad del hecho (injusto) y de la culpabilidad del autor; serían, pues —para recordar una construcción propia de la doctrina y jurisprudencia germanas—, una especie de indicio, dado que se trata de factores a partir de los cuales se pueden extraer consecuencias sobre el injusto y la culpabilidad. Sin duda, no es posible pensar en los fines preventivos como pautas para determinar la pena en sentido estricto.

#### 2.12.4. Una agravante genérica: el artículo 46-A

Esta disposición, introducida por la Ley 26758 del catorce de marzo de 1997, al tenor de la cual se incrementa la pena impuesta hasta en un tercio del máximo legal previsto —sin exceder el monto de la pena privativa de libertad señalada en el Art. 29, esto es, treinta y cinco años— cuando el sujeto activo detenta determinadas calidades propias de los servidores públicos (miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público), y realiza el hecho punible utilizando "armas proporcionadas por el estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público", hace una referencia inequívoca al injusto cometido. Sin duda, se trata de un incremento punitivo que mira con las especiales calidades del sujeto activo de la conducta típica y antijurídica, a quien se ha investido de especiales deberes de lealtad para con la organización social, lo cual implica un mayor desvalor de acción y se traduce, al mismo tiempo, en un más elevado desvalor de resultado. Por cierto, no se necesitan mayores elaboraciones teóricas para darse cuenta de que la disposición descansa en los mismos fundamentos inspiradores del Art. 46 inciso 3 que, como ya se anotó, introduce "la importancia de los deberes infringidos" como pauta de individualización de la pena.

Asimismo, obsérvese el hecho de que esta norma manifiesta que la situación en ella contemplada "constituye circunstancia agravante de la responsabilidad", no significa que el legislador haya optado por la noción de "responsabilidad" —tal como la entiende el Art. 46 al aludir a las pautas genéricas de determinación

de la pena en sentido estricto— y no "por la gravedad del hecho punible cometido". En tal sentido, la parte final de la disposición contiene una muy importante y necesaria referencia al principio de la inherencia o de la prohibición de doble valoración —ya contemplada también en el inciso 1 del Art. 46— , al señalar que "no será aplicable lo dispuesto en el presente artículo cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando ésta sea elemento constitutivo del hecho punible"; ello es producto de la vigencia de los axiomas del acto, de protección de bienes jurídicos y de culpabilidad, entre otros. Por lo demás, este postulado se convierte en una importante directriz hermenéutica que ayuda a comprender el alcance de las reglas de tasación de la pena establecidas en la Ley penal. En último término, se debe advertir que tal como está concebida esta "circunstancia agravante", también calificable de genérica, solo opera en penas privativas de libertad temporal, como se desprende del inciso segundo del artículo —"el juez podrá aumentar la pena en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo ésta exceder del máximo de pena privativa de libertad temporal establecida en el artículo 29 de este código"— quedando excluidas, por sustracción de materia, la cadena perpetua (ver Art. 29), las penas pecuniarias de multa (ver Art. 41 y ss.), las restrictivas de libertad (Art. 30), y las limitativas de derechos (Art. 31 y ss.).

#### 2.12.5. Las pautas de individualización en otras disposiciones

Naturalmente, también de múltiples previsiones legales se desprende que el mismo legislador emplea los dos criterios de determinación de la pena en sentido estricto, ya estudiados en el Art. 46, según el título de directrices para los jueces o falladores. En efecto, en la Parte general aparecen consignados los siguientes casos de menor graduación de la pena (...) y otros de incremento punitivo (...)<sup>157</sup>.

---

<sup>157</sup> Este punto también ya fue tratado en el punto 2.11.2 y en 2.11.3.1 con las mismas ideas del autor citado. Ver en <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/html/artvel1.htm>. En ese sentido se tiene las penas de menor graduación a los previstos en el Art. 14 que prevé los errores vencibles de tipo: menor injusto, y de prohibición: menor culpabilidad; el Art. 15 que regula el error de comprensión culturalmente y entre otros; y de igual forma, existen otros casos de incremento punitivo como las previstas en el Art. 49 inciso 2 establece

## **2.13. Legislación comparada sobre criterios para determinar la pena**

En la doctrina, como en las legislaciones en el derecho comparado, son diversos los criterios de determinación de la pena y, muchas veces, dependen del sistema al que pertenece cada modelo. Así, entre países o legislaciones que pertenecen a un mismo sistema punitivo romano-germánico, se sirven como normas orientadoras los principios de la declaración universal de los derechos humanos como criterios centrales y base de tasación de la pena de los *grados de injusto y de culpabilidad*; sin embargo, se distinguen en cuanto al esquema planteado en la taxatividad normativa, es decir, los nombres, estructuras o categorías no están diseñados según un solo esquema en todas estas naciones, si bien comparten ciertos conceptos para la graduación o determinación de la pena.

En esta sección de la investigación, se presentará el marco normativo de algunas legislaciones, tales como España, Alemania, Francia, México, Costa Rica y Argentina. Sobre la base de lo expuesto hasta aquí, se señalará de manera general las características particulares del aspecto formal de las legislaciones en mención, las cuales individualizan judicialmente la pena.

### **2.13.1 En España<sup>158</sup>**

En la legislación penal española, la determinación de la pena<sup>159</sup>, en especial las reglas de la individualización de misma -al respecto- se podría sostener que se

---

aumenta en un tercio la máxima sanción prevista para el hecho punible más grave, caso de delito masa; Art. 48 prevé sobre concurso ideal de delitos, Art. 49 delito continuado y Art. 50 concurso real o material, entre otros.

<sup>158</sup> CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1995. Edición: departamento de programación editorial, documentación e información del boletín oficial del Estado, trigésima segunda edición, mayo 2007. Consultada en abril 2009, en la página Web: [http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho\\_penal/CODIGO\\_ESPANOL.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/CODIGO_ESPANOL.pdf)

<sup>159</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. Las consecuencias jurídicas del delito. Quinta edición, Pamplona, España, editorial CIVITAS, 2011, p. 283. Entiendo por determinación de la pena como aquella que “forma del proceso de individualización al que se encuentra sometido el sistema penal en su conjunto”. Agrega, el autor en mención, que “Se trata de una actividad



encuentra regulada por el *sistema de marcos penales*, basado en que las penas son divisibles, a su vez, conforman dos técnicas bien marcadas, el *sistema de grados* y la *división bipartita de la pena*. Los cuales se encuentran establecidas en el Código penal de ese País, y que se halla estructurada fundamentalmente en el capítulo II, secciones 1 y 2 que prescribe las reglas generales y especiales para la aplicación de la pena. Las reglas generales, artículos 61-72 establecen criterios sobre las circunstancias atenuantes o agravantes, la responsabilidad, las circunstancias fácticas o personales. Asimismo, este segmento fija un método para determinar la pena en concreto, una técnica normativa y jurídica conocida como *mitad inferior y mitad superior* (artículo 66), la cual está estructurada en función de la concurrencia de uno o más circunstancias agravantes o atenuantes, de modo que se tiene que graduar y fijar sanción punitiva sobre la base de la valoración y ponderación de las circunstancias fácticas o personales. El *principio de prohibición de doble valoración* es señalado en el artículo 67.

## “CAPÍTULO II. De la aplicación de las penas, SECCIÓN 1ª

### Reglas generales para la aplicación de las penas

---

jurisdiccional por medio de la cual el órgano judicial competente selecciona una pena y fija una magnitud concreta de la misma de acuerdo con los criterios establecidos por el Código para el delito cometido y las circunstancias que concurren”.

Este mismo autor explica que el ámbito penal de la actividad jurisdiccional se manifiesta fundamentalmente en tres funciones bien diferenciadas: valoración de la prueba, calificación de los hechos y determinación de las consecuencias. A partir de ello, trata de explicar las dificultades existentes de la actividad del juez en la individualización judicial de la pena en stricto sensu, sobre todo refiriéndose a la de vinculación legal de la discrecionalidad. Al respecto plantea que estos problemas se manifiestan fundamentalmente en dos ámbitos, primero que desatienden a las motivaciones auténticas, limitándose o acudiendo a argumentaciones *standars*; segundo, que se encuentra mayor incidencia de los criterios valorativos difusos, en cuanto a la concurrencia de circunstancias fácticas o personales, asumen distintos significados. El autor en mención, ante ello sostiene que si bien, ante la imposibilidad de fijar en la norma penal general y abstracta todos los juicios de valor, se presenta la necesidad de conceder parcelas de libertad al juez, donde bajo el principio de libre discrecionalidad, este va intervenir en la valoración y ponderación de las circunstancias fácticas y personales para arribar a la pena en concreto. Pero, esta libertad se encuentra sujeto a la exigencia de una debida motivación, bajo las reglas establecidas en la legislación respectiva. En este sentido, siguiendo con el mismo pensamiento, Choclán Montalvo (ob. cit. pp. 171-172) sostiene que “La fijación de la pena el Juez o Tribunal, dentro del marco penal establecido legalmente, se ha considerado a menudo como un acto de discrecionalidad, se bien, prohibida constitucionalmente la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) no puede ser entendida como una discrecionalidad libre sino como una *discrecionalidad jurídicamente vinculada*. En consecuencia, debe seleccionarse los principios o criterios de orden valorativo que deban regir la función judicial de individualización de la pena que permitan en lo posible la evitación de decisiones arbitrarias o desiguales.”

... Artículo 62

A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.

Artículo 63

A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la ley para los autores del mismo delito.

Artículo 64

Las reglas anteriores no serán de aplicación en los casos en que la tentativa y la complicidad se hallen especialmente penadas por la Ley.

Artículo 65

1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren (modificado por LO 15/2003).
2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.
3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate (añadido por LO 15/2003).

Artículo 66

1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:
  - 1ª. Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.
  - 2ª. Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la Ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

3ª. Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.

4ª. Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la Ley, en su mitad inferior.

5ª. Cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, se podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

6ª. Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

7ª. Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.

8ª Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.

2. En los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.

## Artículo 67

Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse”.

### 2.13.2 En Alemania<sup>160</sup>

En este país, con respecto al punto o tema en mención, en el capítulo III, Título II, en el artículo 46 se señala las cláusulas penales concernientes a las circunstancias fácticas y personales que gradúan la responsabilidad del autor de un hecho punible, según la denominación de las *circunstancias favorables y desfavorables del autor*. El apartado segundo del primer acápite del artículo 46 de este mismo marco normativo refiere que “deben considerarse las consecuencias que son de esperar de la pena para la vida futura del autor en la sociedad”, pues en dicho país se ha dado impulso al criterio preventivo, a diferencia de otros países, para determinar la pena y que deberá orientar las decisiones del órgano jurisdiccional.

#### “Título II. Fijación de la pena

##### § 46. Principios de la fijación de la pena.

(1) La culpabilidad del autor constituye el fundamento para la fijación de la pena. 2 Deben considerarse las consecuencias que son de esperar de la pena para la vida futura del autor en la sociedad.

(2) En la fijación sopesa el tribunal las *circunstancias favorables y desfavorables del autor*. 2 En esta relación deben tomarse en consideración de manera particular:

- los móviles y objetivos del autor,
- el ánimo, que habla del hecho y la voluntad empleada en el hecho,
- la medida de la violación al deber
- la clase de ejecución y el efecto culpable del hecho,
- los antecedentes de conducta del autor, sus condiciones personales y económicas, así como su conducta después del hecho, especialmente su esfuerzo para reparar el daño, así como el esfuerzo del autor de lograr un acuerdo con la víctima.

---

<sup>160</sup> CÓDIGO PENAL ALEMÁN DE 1998. Traducida por LÓPEZ DÍAZ, Claudia; Universidad Externado de Colombia, primera edición, Bogotá, Colombia, 1999. Consultada en abril 2009, en la página Web: [www.usergioarboleda.edu.co/...penal/pdf/claudia\\_lopez\\_diaz\\_codigo\\_penal\\_aleman\\_traduccion\\_1998.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/...penal/pdf/claudia_lopez_diaz_codigo_penal_aleman_traduccion_1998.pdf).

(3) No se permite tomar en cuenta circunstancias que ya son características del tipo legal.

§ 46a. Arreglo entre autor y víctima, reparación del daño

Si el autor:

1. en su empeño para lograr un acuerdo con el lesionado (arreglo autor-víctima) haya reparado su hecho enteramente o en su mayor parte o este aspirando seriamente a su reparación; o,
2. en el caso en que la reparación del daño haya exigido por él un considerable desempeño personal o una renuncia importante, indemniza a la víctima enteramente o en su mayor parte, entonces el tribunal puede atenuar la pena de acuerdo con el § 49 inciso primero o, puede prescindir de la pena cuando no se ha incurrido en pena grave tal como privación de la libertad hasta un año o multa hasta 360 importes diarios”.

### 2.13.3 En Francia<sup>161</sup>

En la legislación penal francesa, en el Libro I, Título III, de las Penas, capítulo II Del Régimen de las Penas, Sección 2, De los Modos de Personalización de las Penas, artículo 132-24 se halla la determinación de la pena según un esquema general que relaciona los criterios en función de las circunstancias de la infracción y de la personalidad del autor.

*“Sección 2: De los modos de personalización de las penas*

*Artículo 132-24*

En los límites establecidos por la ley, el órgano jurisdiccional impondrá las penas y fijará su régimen en función de las circunstancias de la infracción y de la personalidad de su autor. Cuando el órgano jurisdiccional imponga una pena de multa, determinará su importe teniendo en cuenta igualmente los recursos y las cargas del autor de la infracción”.

---

<sup>161</sup> CÓDIGO PENAL FRANCÉS. MISE A JOUR LEGIFRANCE A jour au 15 septembre 2003 Consultada en abril 2009, en la página Web: [http://www.legifrance.gouv.fr/HTML/codes\\_traduits/penal\\_textE.htm](http://www.legifrance.gouv.fr/HTML/codes_traduits/penal_textE.htm).

#### 2.13.4 En México<sup>162</sup>

En la legislación penal mexicana, en el Libro Primero, Título III, **Aplicación de las Sanciones**, capítulo I Reglas Generales se halla los criterios para la individualización de la pena y se presenta un esquema o fórmula general. Así, el Artículo 51 establece los criterios en función de las circunstancias fácticas y de la personalidad del autor, así como de las cuestiones socioculturales (“Artículo 51: los usos y costumbres de los pueblos y comunidades a los que pertenezcan”).

“TITULO TERCERO. Aplicación de las Sanciones

CAPITULO I. Reglas generales

Artículo 51.- Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las *circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente*; particularmente cuando se trate de indígenas se considerarán los usos y costumbres de los pueblos y comunidades a los que pertenezcan.

En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64, 64-Bis y 65 y en cualesquiera otros en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días.

Artículo 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con *base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente*, teniendo en cuenta:

I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

---

<sup>162</sup> CÓDIGO PENAL FEDERAL DE MÉXICO. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Código penal federal de México, última reforma publicada DOF 26-06-2008, Consultada en abril 2009, en la página Web: [http://www.oas.org/juridico/Mla/sp/mex/sp\\_mex-int-text-cp.pdf](http://www.oas.org/juridico/Mla/sp/mex/sp_mex-int-text-cp.pdf)

- III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;
- IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;
- V.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;
- VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y
- VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma”.

#### 2.13.5 Costa Rica<sup>163</sup>

En la legislación penal costarricense, se encuentra en el Libro Primero, Título IV, Sección VII, Fijación de las Penas el artículo 71, donde la individualización o modo de fijación de la pena se halla prescrita y se indica los límites que la motivan sobre la base de las circunstancias fácticas de la infracción y de la personalidad del autor. Este rótulo normativo guarda similitud con el artículo 46 del CP peruano.

##### “LIBRO PRIMERO, TÍTULO IV, SECCIÓN VII

##### Fijación de las penas

##### Modo de fijación

ARTÍCULO 71.- El juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la *gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe*.

Para apreciarlos se tomará en cuenta:

- a) Los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible;
- b) La importancia de la lesión o del peligro;

---

<sup>163</sup> CÓDIGO PENAL DE COSTA RICA. Vigencia desde el 15 de mayo de 1971, actualizado en 26 de febrero de 2002. Consultada en abril 2009, en la página Web: [http://www.oas.org/jurídico/MLA/sp/cri/sp\\_cri-int-lex](http://www.oas.org/jurídico/MLA/sp/cri/sp_cri-int-lex).

- c) Las circunstancias de modo, tiempo y lugar;
- d) La calidad de los motivos determinantes;
- e) Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito; y
- f) La conducta del agente posterior al delito. Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes, serán solicitadas al Instituto de Criminología, el cual podrá incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del juez.

(Interpretado por Resolución de la Sala Constitucional 1438-92 de las 15:00 horas del 2 de junio de 1992).

Concurrencia de atenuantes y agravantes

ARTÍCULO 72.- Cuando concurren circunstancias agravantes y atenuantes en el mismo hecho punible, el juez las apreciará por su número e importancia, de acuerdo con el artículo anterior”.

#### 2.13.6 En Argentina<sup>164</sup>

En la legislación penal argentina, se encuentra en el Libro Primero, Disposiciones Generales, Título II, Penas y Medidas de Orientación y Seguridad; en el artículo 8 que establece los fundamentos para la determinación de la pena, los cuales representan una fórmula general que indican las circunstancias fácticas o personales para ponderar el grado de responsabilidad del infractor. Estas observaciones guardan similitud en el contenido con el artículo 46 de CP peruano.

“ARTICULO 8º.- Fundamentos para la determinación de la pena. La determinación de la pena se fundamentará en la culpabilidad del autor o partícipe. Además se tendrá especialmente en cuenta:

- a) La naturaleza y gravedad del hecho, así como la magnitud del peligro o daño causados;

---

<sup>164</sup> CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA. Consultada en abril 2009, en la página Web: <http://www.carlosparma.com.ar/pdfs/proyecto%20codigo%20penal%5B1%5D.pdf>.



- b) La calidad de los motivos que impulsaron al responsable a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos;
- c) La pluralidad, participación y grado de organización de las personas intervinientes en el hecho.
- d) Los propósitos del autor del hecho, en especial cuando fuere la persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad o la destrucción de un grupo nacional, étnico, racial o religiosos;
- e) La mayor o menor comprensión de la criminalidad del hecho y la capacidad de decisión, valorando las demás circunstancias personales, en particular las económicas, sociales y culturales del responsable”.

### **CAPÍTULO III**

#### **MARCO EMPÍRICO (TRABAJO DE CAMPO)**

##### **3.1. Recolección y obtención de información a través de encuestas**

A partir de un cuestionario, diseñado específicamente para la investigación, se encuestó a todos los elementos o individuos de la población, integrada por jueces penales sumarios en un número de treinta y uno (31), jueces penales ordinarios en un número de once (11), secretarios o auxiliares de los juzgados sumarios en un número de cuarenta y nueve (49), secretarios de los juzgados ordinarios en un número de cuarenta y cinco (45) y abogados litigantes en materia de penal en un número de treinta y cuatro (34); sin embargo, de este subconjunto del universo, se escogió una muestra representativa, pese a que se desconoce el número exacto de los elementos integrantes de este subconjunto.

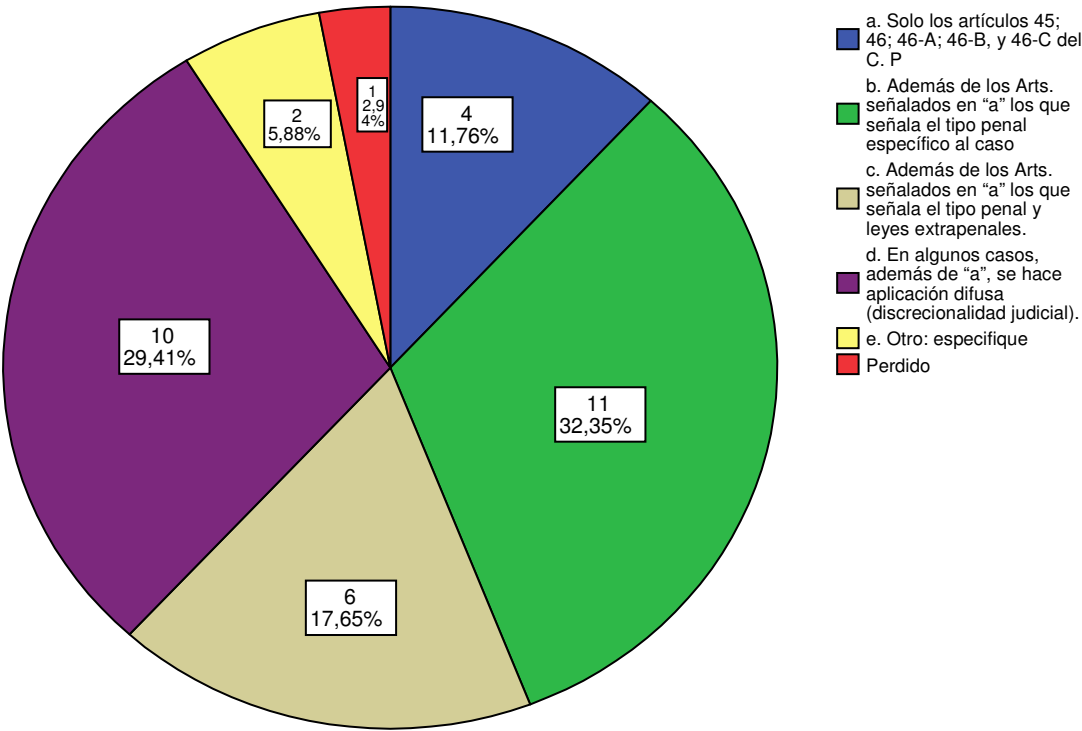
3.1.1 Obtención a través de encuesta a abogados

3.1.1.1 Resultados de la encuesta semiabierta de abogados

TABLA N.º 1

1.- Cuáles son los criterios que Ud. considera que se toma en cuenta para la determinación de la pena privativa de libertad.					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Sólo los artículos 45; 46; 46-A; 46-B, y 46-C del C. P	4	11.8	12.1	12.1
	b. Además de los arts. señalados en "a" los que señala el tipo penal específico al caso	11	32.4	33.3	45.5
	c. Además de los arts. señalados en "a" los que señala el tipo penal y leyes extra penales.	6	17.6	18.2	63.6
	d. En algunos casos, además de "a", se hace aplicación difusa (discrecionalidad judicial).	10	29.4	30.3	93.9
	e. Otro: especifique	2	5.9	6.1	100.0
	Total	33	97.1	100.0	
Perdidos	Sistema	1	2.9		
Total		34	100.0		

GRÁFICO N.º 1

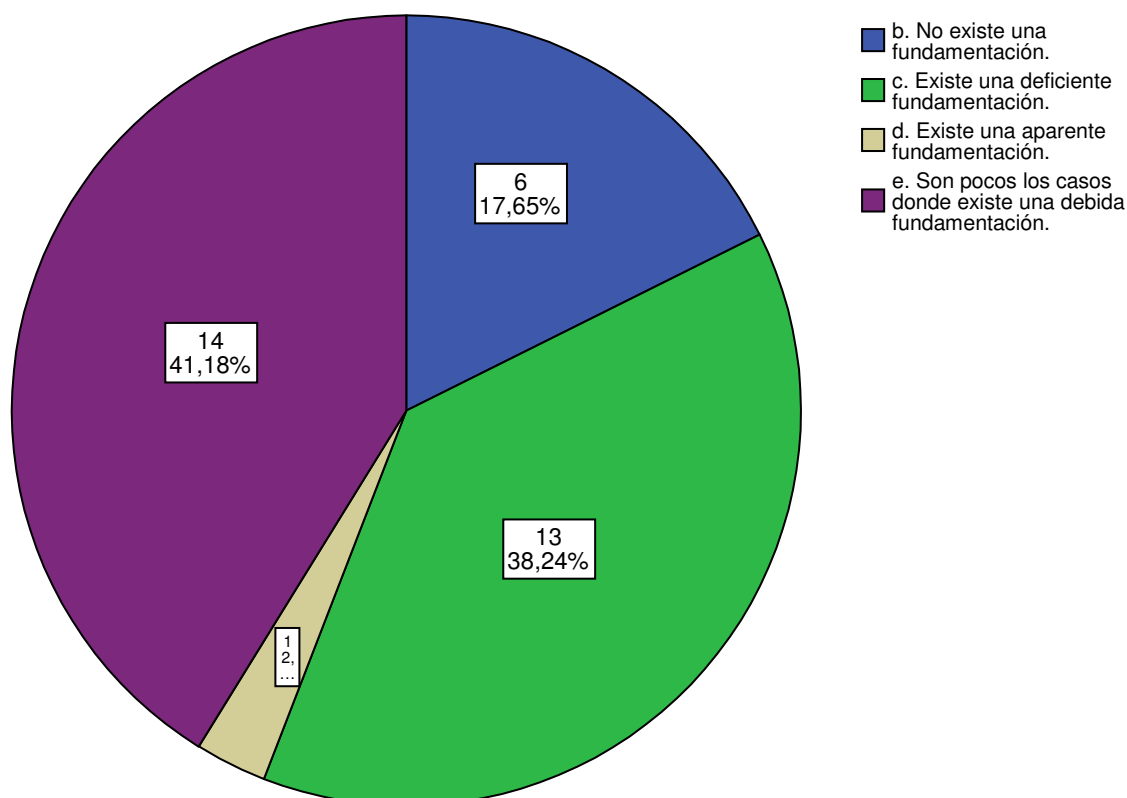


**TABLA N.º 2**

**2.- Considera Ud. que se realiza una debida fundamentación (motivación) de las sentencias condenatorias penales, respecto a la determinación de la pena privativa de libertad.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	b. No existe una fundamentación.	6	17.6	17.6	17.6
	c. Existe una deficiente fundamentación.	13	38.2	38.2	55.9
	d. Existe una aparente fundamentación.	1	2.9	2.9	58.8
	e. Son pocos los casos donde existe una debida fundamentación.	14	41.2	41.2	100.0
	Total	34	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 2**

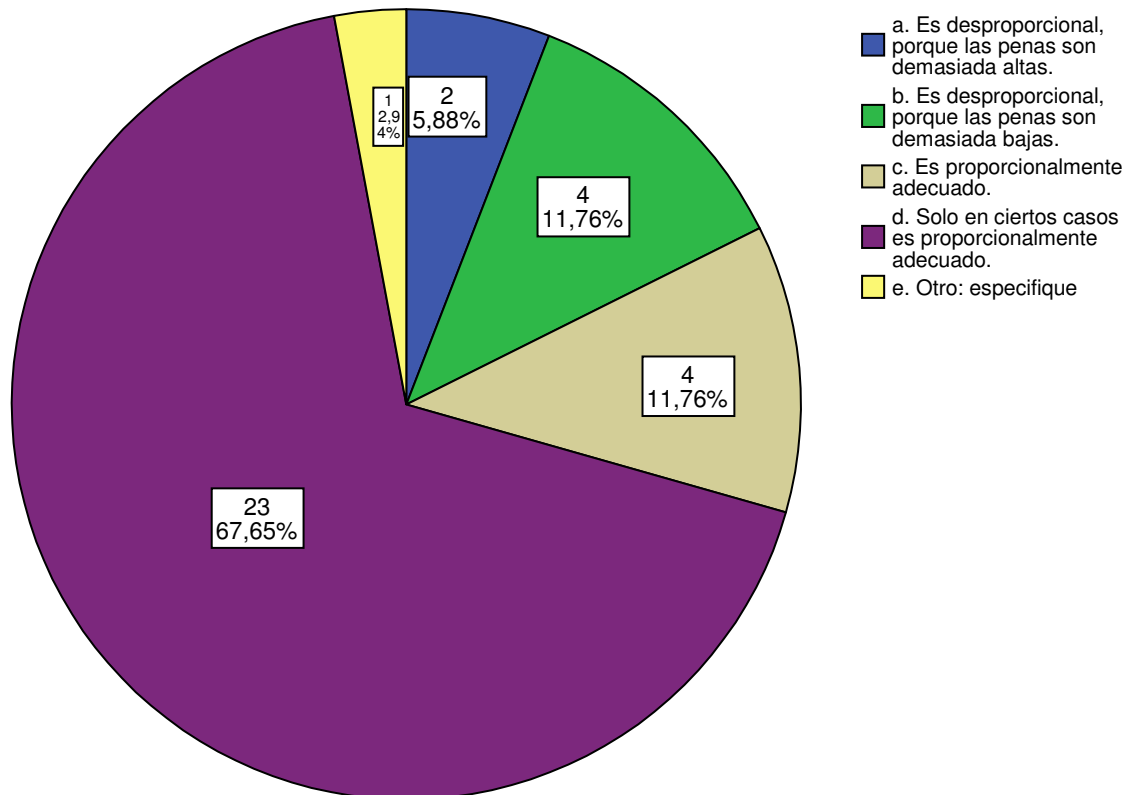


**TABLA N.º 3**

**3.- Según su experiencia y conocimiento, considera Ud. que la determinación de la pena privativa de libertad, ha sido proporcional con la lesión al bien jurídico.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Es desproporcional, porque las penas son demasiada altas.	2	5.9	5.9	5.9
	b. Es desproporcional, porque las penas son demasiada bajas.	4	11.8	11.8	17.6
	c. Es proporcionalmente adecuado.	4	11.8	11.8	29.4
	d. Sólo en ciertos casos es proporcionalmente adecuado.	23	67.6	67.6	97.1
	e. Otro: especifique	1	2.9	2.9	100.0
	Total	34	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 3**

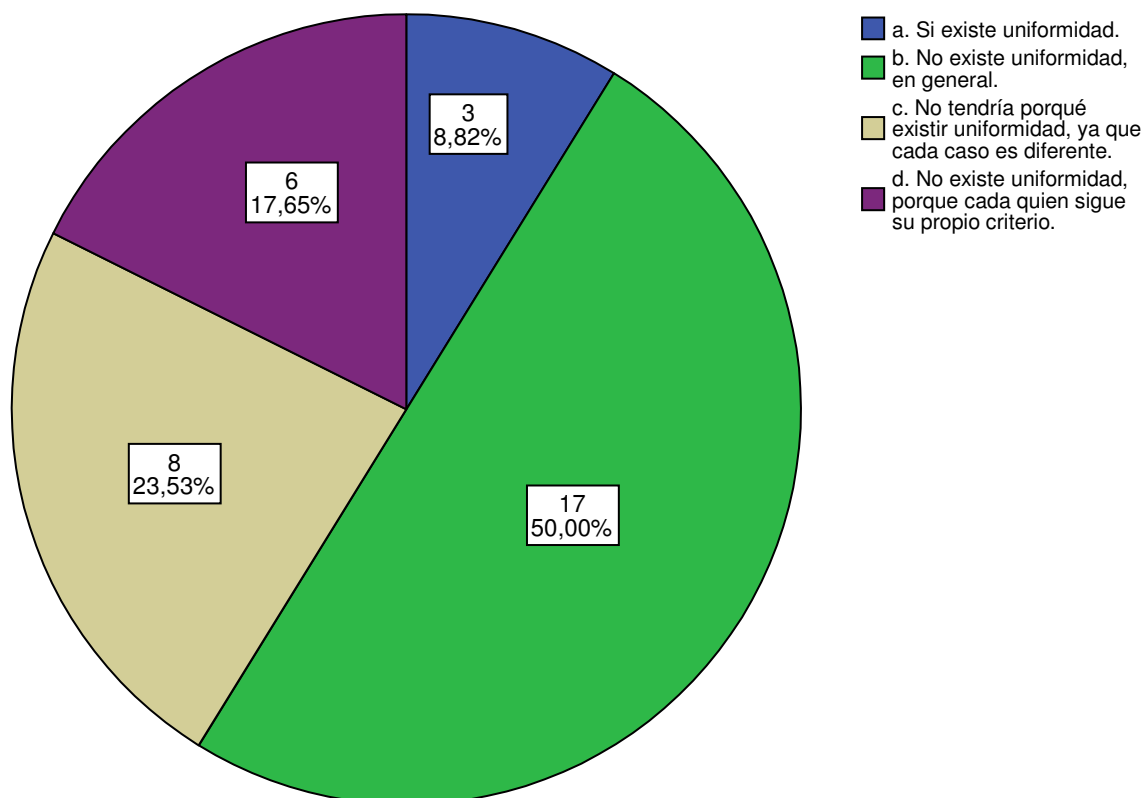


**TABLA N.º 4**

**4.- Según Ud., existe uniformidad en la determinación de las penas privativas de libertad en los juzgados penales sumarios de Lima.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si existe uniformidad.	3	8.8	8.8	8.8
	b. No existe uniformidad, en general.	17	50.0	50.0	58.8
	c. No tendría porqué existir uniformidad, ya que cada caso es diferente.	8	23.5	23.5	82.4
	d. No existe uniformidad, porque cada quien sigue su propio criterio.	6	17.6	17.6	100.0
	Total	34	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 4**

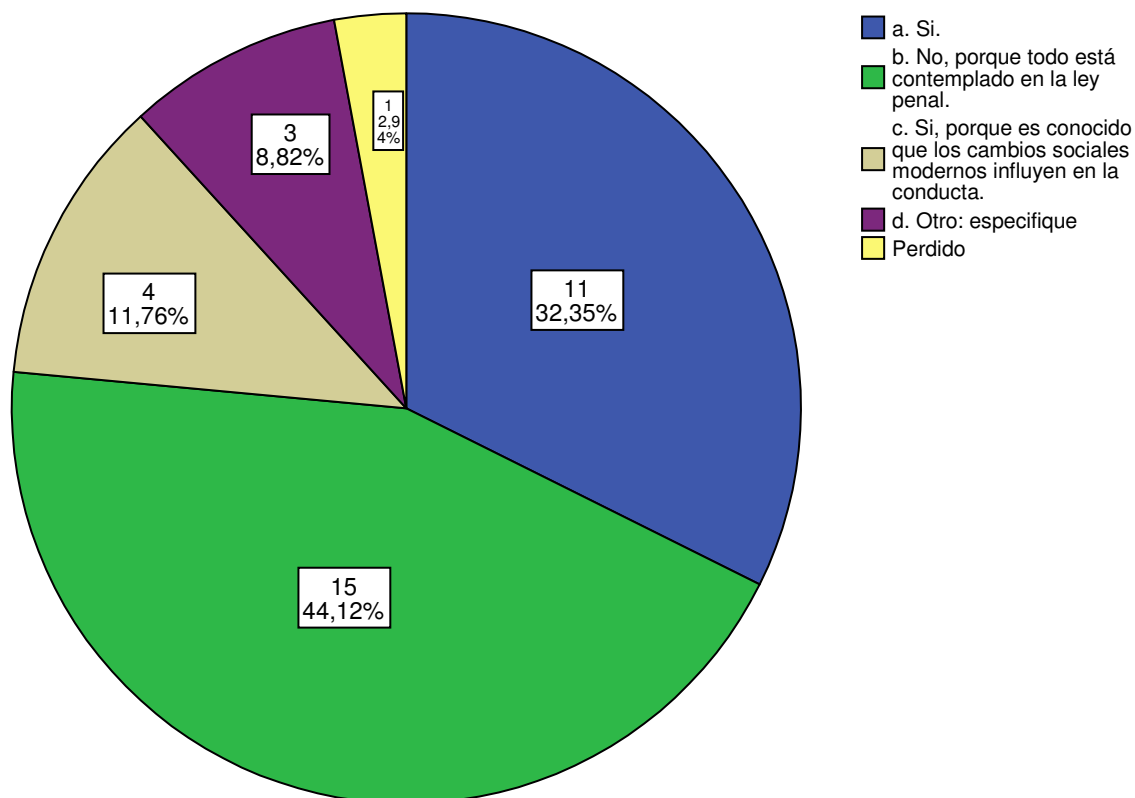


**TABLA N.º 5**

**i.- Ante los nuevos cambios sociales (modernidad), al momento de la determinación de la pena privativa de libertad, ¿se toma en cuenta este cambio social como influencia de la conducta humana?**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si.	11	32.4	33.3	33.3
	b. No, porque todo está contemplado en la ley penal.	15	44.1	45.5	78.8
	c. Si, porque es conocido que los cambios sociales modernos influyen en la conducta.	4	11.8	12.1	90.9
	d. Otro: especifique	3	8.8	9.1	100.0
	Total	33	97.1	100.0	
Perdidos	Sistema	1	2.9		
Total		34	100.0		

**GRÁFICO N.º 5**

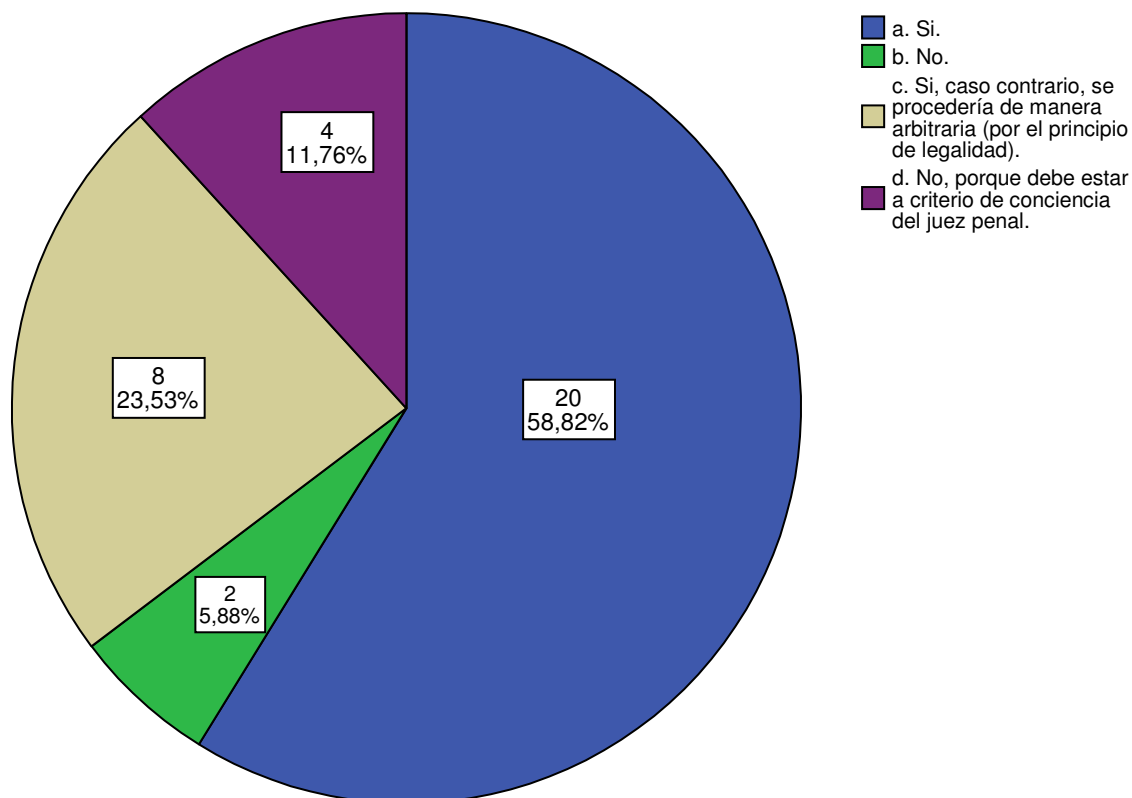


**TABLA N.º 6**

i.- Considera Ud. que la aplicación de la pena privativa de libertad (suspendida y efectiva, así como en su máximo y mínimo) siempre debe estar definida en la ley.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si.	20	58.8	58.8	58.8
	b. No.	2	5.9	5.9	64.7
	c. Si, caso contrario, se procedería de manera arbitraria (por el principio de legalidad).	8	23.5	23.5	88.2
	d. No, porque debe estar a criterio de conciencia del juez penal.	4	11.8	11.8	100.0
	Total	34	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 6**



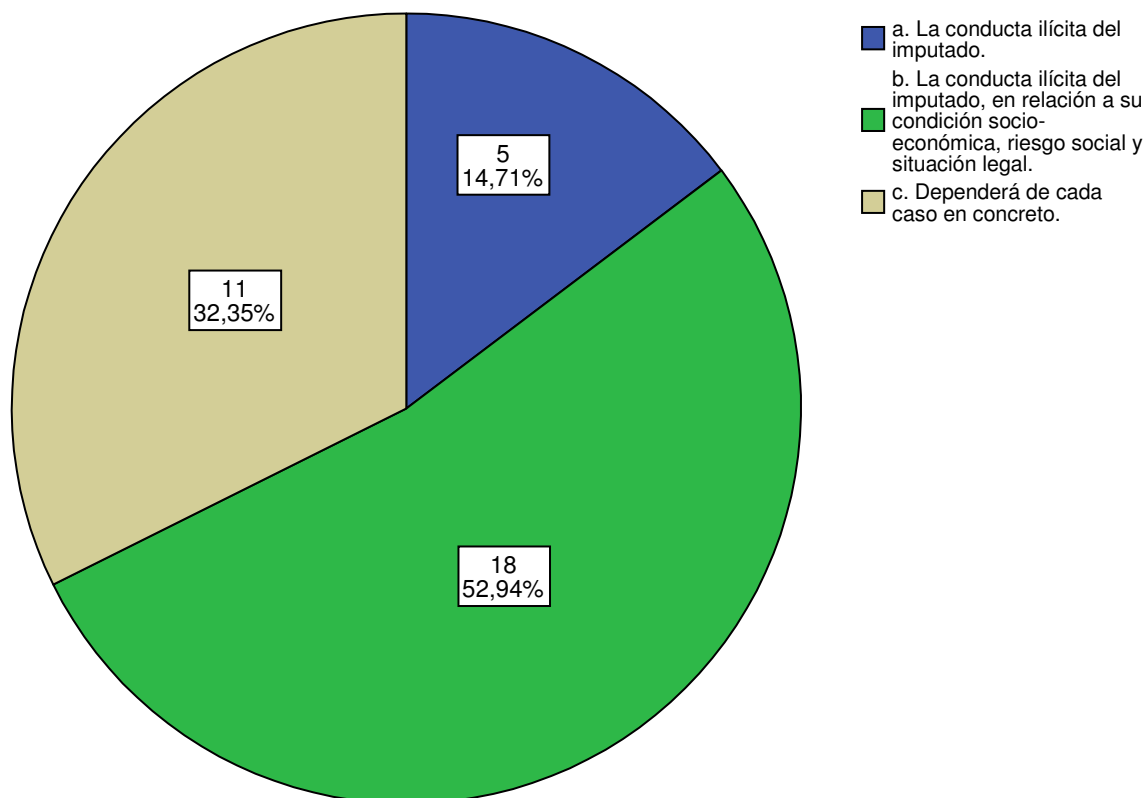


**TABLA N.º 7**

**¿- Qué es lo primordial que se debe tomar en cuenta al momento de la determinación judicial de la pena privativa de libertad.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. La conducta ilícita del imputado.	5	14.7	14.7	14.7
	b. La conducta ilícita del imputado, en relación a su condición socio-económica, riesgo social y situación legal.	18	52.9	52.9	67.6
	c. Dependerá de cada caso en concreto.	11	32.4	32.4	100.0
	Total	34	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 7**

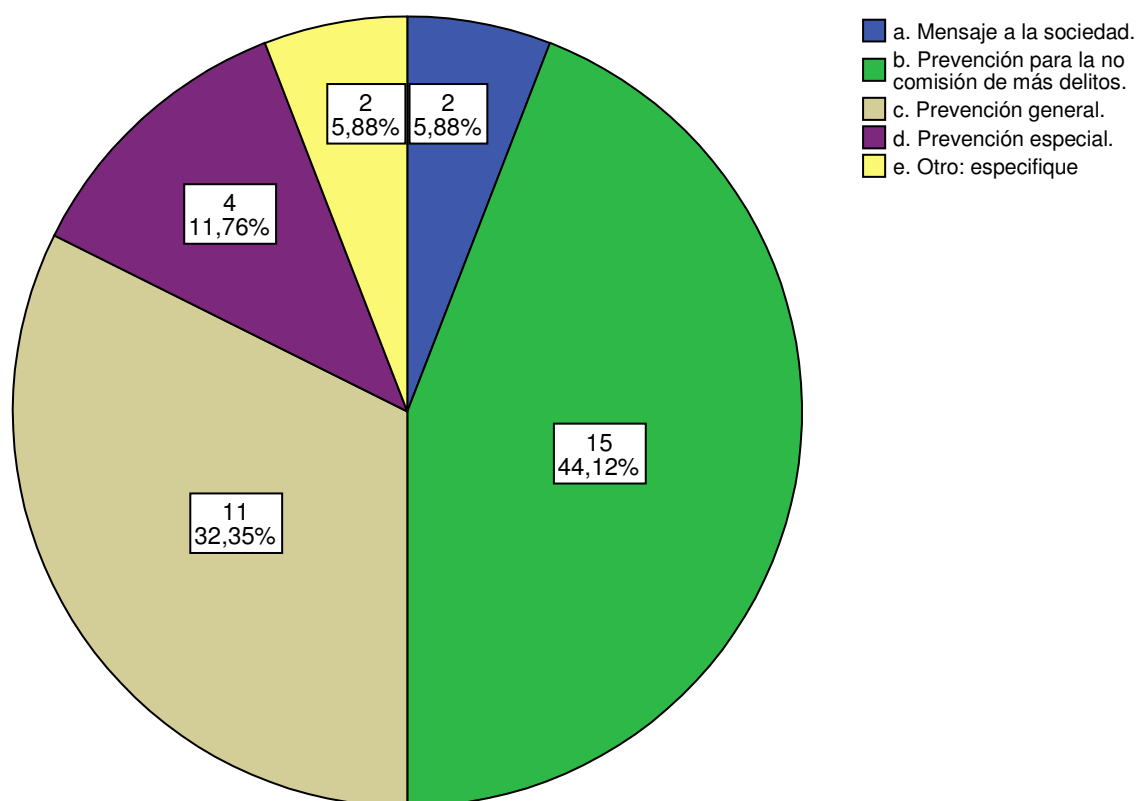


**TABLA N.º 8**

**8.- Para la determinación de la pena privativa de libertad, cuál es el criterio primordial que toma en cuenta como parte del fin de la pena.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Mensaje a la sociedad.	2	5.9	5.9	5.9
	b. Prevención para la no comisión de más delitos.	15	44.1	44.1	50.0
	c. Prevención general.	11	32.4	32.4	82.4
	d. Prevención especial.	4	11.8	11.8	94.1
	e. Otro: especifique	2	5.9	5.9	100.0
	Total	34	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 8**

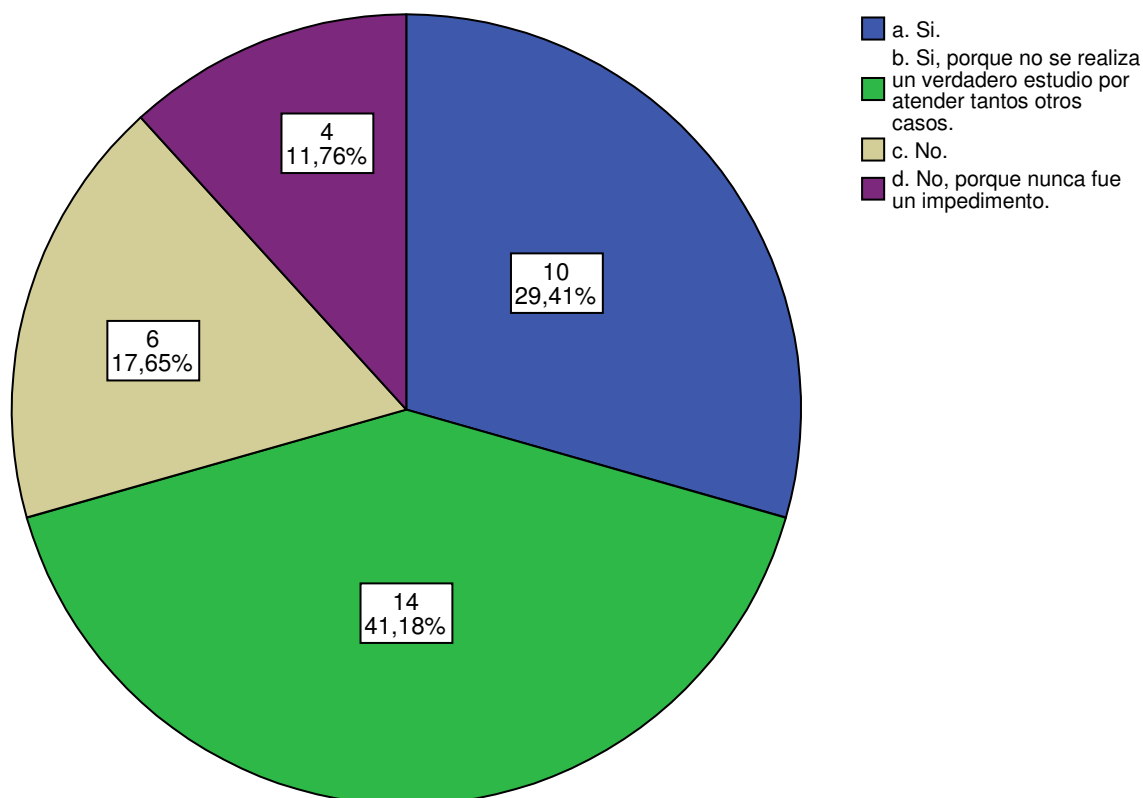


**TABLA N.º 9**

**9.- Cree Ud. que la carga procesal que afrontan los juzgados penales sumarios de Lima sea un impedimento para la aplicación debida de la pena privativa de libertad.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si.	10	29.4	29.4	29.4
	b. Si, porque no se realiza un verdadero estudio por atender tantos otros casos.	14	41.2	41.2	70.6
	c. No.	6	17.6	17.6	88.2
	d. No, porque nunca fue un impedimento.	4	11.8	11.8	100.0
	Total	34	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 9**

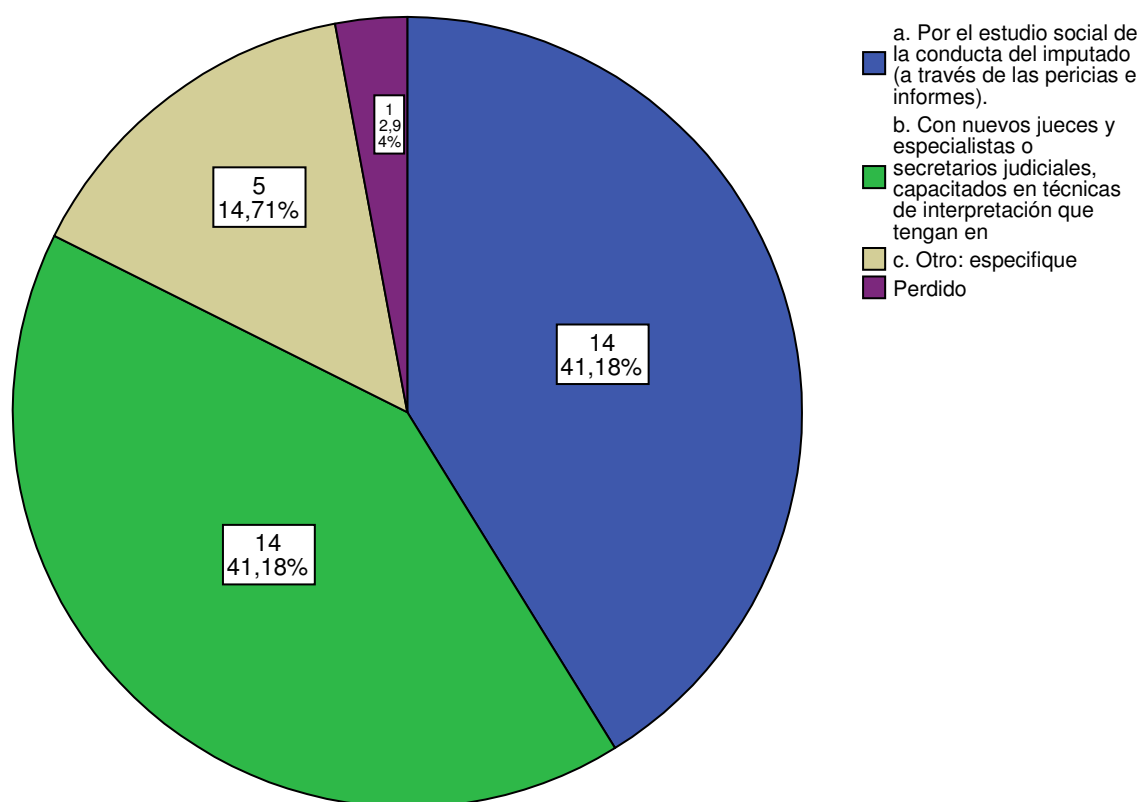


**TABLA N.º 10**

**10.- A su sugerencia, cómo se debe determinar la pena privativa de libertad, ante los casos existentes y los nuevos cambios sociales.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Por el estudio social de la conducta del imputado (a través de las pericias e informes).	14	41.2	42.4	42.4
	b. Con nuevos jueces y especialistas o secretarios judiciales, capacitados en técnicas de interpretación que tengan en	14	41.2	42.4	84.8
	c. Otro: especifique	5	14.7	15.2	100.0
	Total	33	97.1	100.0	
Perdidos	Sistema	1	2.9		
Total		34	100.0		

**GRÁFICO N.º 10**

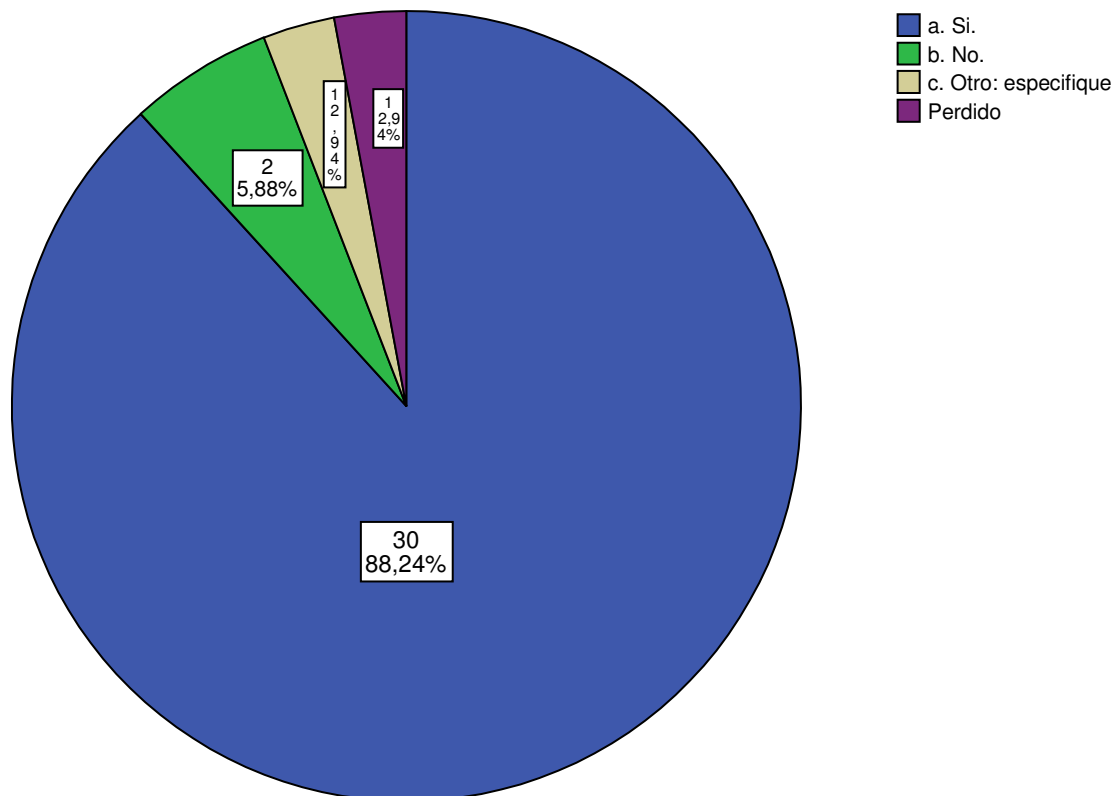


**TABLA N.º 11**

**11.- En algunos casos, influye la presión de la prensa, la población, u opiniones políticas, en la determinación de la pena privativa de libertad.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si.	30	88.2	90.9	90.9
	b. No.	2	5.9	6.1	97.0
	c. Otro: especifique	1	2.9	3.0	100.0
	Total	33	97.1	100.0	
Perdidos	Sistema	1	2.9		
Total		34	100.0		

**GRÁFICO N.º 11**



3.1.1.2 Comentario al resultado de las encuestas obtenidas de los abogados

1. Ante la primera pregunta planteada, los abogados respondieron en un porcentaje válido del 33% que, además de aplicar los artículos 45, 46, 46-A 46-B y 46-C del Código Penal, se aplica los que señala el tipo penal específico en cada caso; el 30% respondió que, además de los artículos señalados anteriormente, se hace una aplicación difusa; el 18% de los encuestados respondió que además de los artículos señalados anteriormente, los que señala el tipo penal y leyes extrapenales; un 12% respondió que solo los artículos 45, 46, 46-A 46-B y 46-C del Código Penal; y un 6% respondió otro a especificar.

2. En cuanto a la segunda pregunta planteada, los abogados respondieron en un 41% del porcentaje válido que son pocos los casos donde existe una debida fundamentación, un 38% afirmó que existe una deficiente fundamentación, un 18% respondió que no existe una fundamentación y un 3% respondió que existe una aparente fundamentación.

3. Ante la tercera pregunta, los abogados respondieron en un 68% del porcentaje válido que solo en ciertos casos es proporcionalmente adecuado, un 12% del porcentaje válido respondió que es desproporcional porque las penas son demasiadas bajas, en igual porcentaje respondieron que es proporcionalmente adecuado y un 6% afirmó que es desproporcional porque las penas son muy bajas.

4. Ante la cuarta pregunta, el 50% del porcentaje válido de los encuestados respondió que no existe uniformidad en general, un 24% que no tendría por qué existir uniformidad porque cada caso es diferente, un 18% del porcentaje válido respondió que no existe uniformidad porque cada quien sigue su propio criterio y un 9% que respondió que si existe uniformidad.

5. En cuanto a la quinta pregunta, el 46% del porcentaje válido respondió que no se toma en cuenta el cambio social como influencia de la conducta humana porque todo está contemplado en la ley penal, un 33% de los encuestados respondió que sí, un 12% respondió que sí porque es conocido que los

cambios sociales modernos influyen en la conducta y un 9% afirmó la opción otros.

6. Ante la sexta pregunta, los encuestados respondieron en un 59% del porcentaje válido que si consideran que la aplicación de la pena privativa de la libertad siempre debe estar definida en la ley; el 24% respondió que sí, ya que en caso contrario se procedería de manera arbitraria; el 12% respondió que no, ya que debe estar a criterio de conciencia del juez penal; y el 6% respondió que no.

7. Ante la séptima pregunta, el 53% del porcentaje válido respondió que lo primordial que se debe tomar en cuenta al momento de la determinación de la pena privativa de libertad es la conducta ilícita del imputado, en relación a su condición socioeconómica, riesgo social y situación legal; el 32% respondió que dependerá de cada caso en concreto; y el 15% respondió que lo que se debe tomar en cuenta es la conducta ilícita del imputado.

8. En cuanto a la octava pregunta, los encuestados respondieron en un 44% del porcentaje válido que el criterio primordial que se toma en cuenta como parte del fin de la pena es la prevención para la no comisión de más delitos, el 32% respondió que es la prevención general, el 12% es la prevención especial y un porcentaje del 6% respondió que es el mensaje a la sociedad y otros a especificar.

9. Ante la novena pregunta, el 41% del porcentaje válido de los encuestados respondió que la carga procesal que afrontan los juzgados penales en el Distrito Judicial de Lima es un impedimento para la aplicación debida de la pena privativa de la libertad, ya que no se realiza un verdadero estudio por atender tantos otros casos; el 29% de los encuestados respondieron que sí; un 18% respondió que no; y un 12% respondió que no, ya que nunca fue un impedimento.

10. Ante la décima pregunta planteada, el 42% del porcentaje válido de los encuestados respondió que, ante los casos existentes y los nuevos cambios

sociales la pena privativa de libertad, se debe determinar por el estudio social de la conducta del imputado, a través de las pericias e informes; otro 42% respondió que se debe determinar con nuevos jueces y especialistas o secretarios judiciales capacitados en técnicas de interpretación que tengan la realidad dinámica y tecnológicamente avanzada; y un 15% respondió otro a especificar.

11. Ante la undécima pregunta, el 90% del porcentaje válido de los encuestados respondió que en algunos casos sí influye la presión de la prensa u opiniones políticas en la determinación de la pena privativa de la libertad; un 6% afirmó que no; y un 3% respondió otro a especificar.

### 3.1.2 Obtención a través de encuesta a especialistas, secretarios o auxiliares de juzgados penales



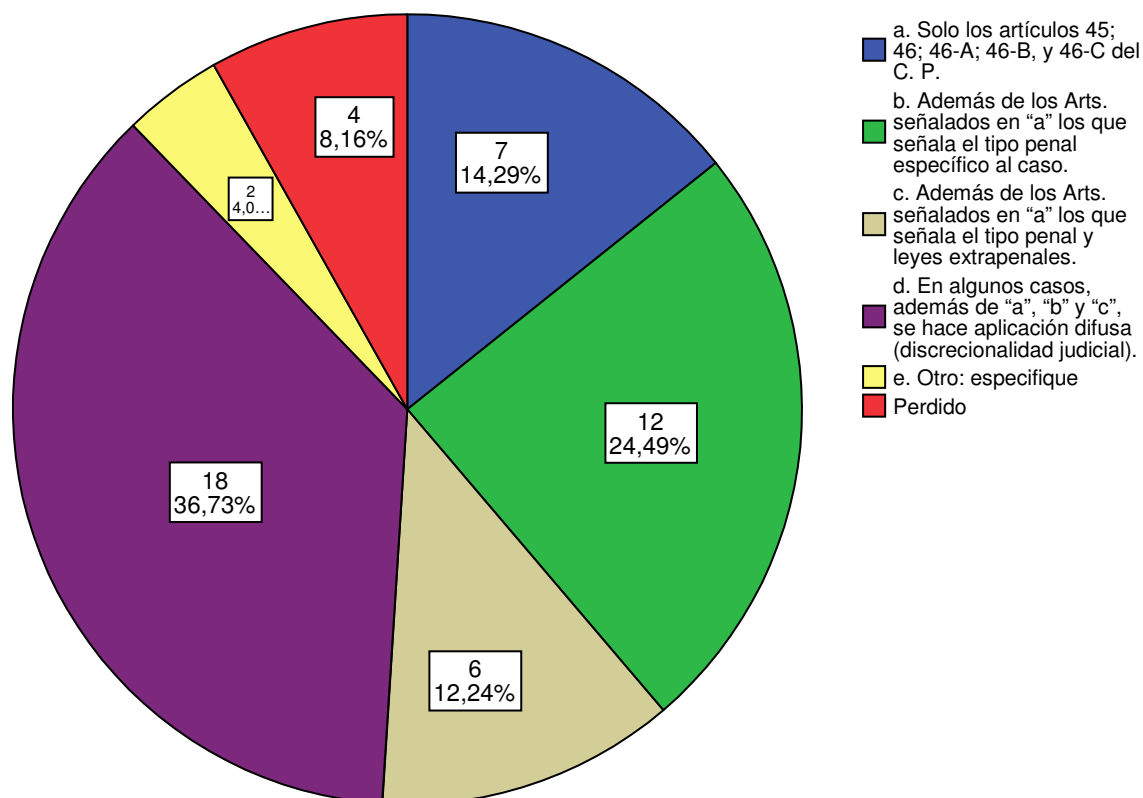
### 3.1.2.1 Resultados de la encuesta semiabierta de secretarios o auxiliares de juzgados sumarios

**TABLA N.º 1**

1.- Cuáles son los criterios que Ud. considera que se toma en cuenta para la determinación de la pena privativa de libertad.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Sólo los artículos 45; 46; 46-A; 46-B, y 46-C del C. P.	7	14.3	15.6	15.6
	b. Además de los arts. señalados en "a" los que señala el tipo penal específico al caso.	12	24.5	26.7	42.2
	c. Además de los arts. señalados en "a" los que señala el tipo penal y leyes extra penales.	6	12.2	13.3	55.6
	d. En algunos casos, además de "a", "b" y "c", se hace aplicación difusa (discrecionalidad judicial).	18	36.7	40.0	95.6
	e. Otro: especifique	2	4.1	4.4	100.0
	Total	45	91.8	100.0	
Perdidos	Sistema	4	8.2		
Total		49	100.0		

**GRÁFICO N.º 1**

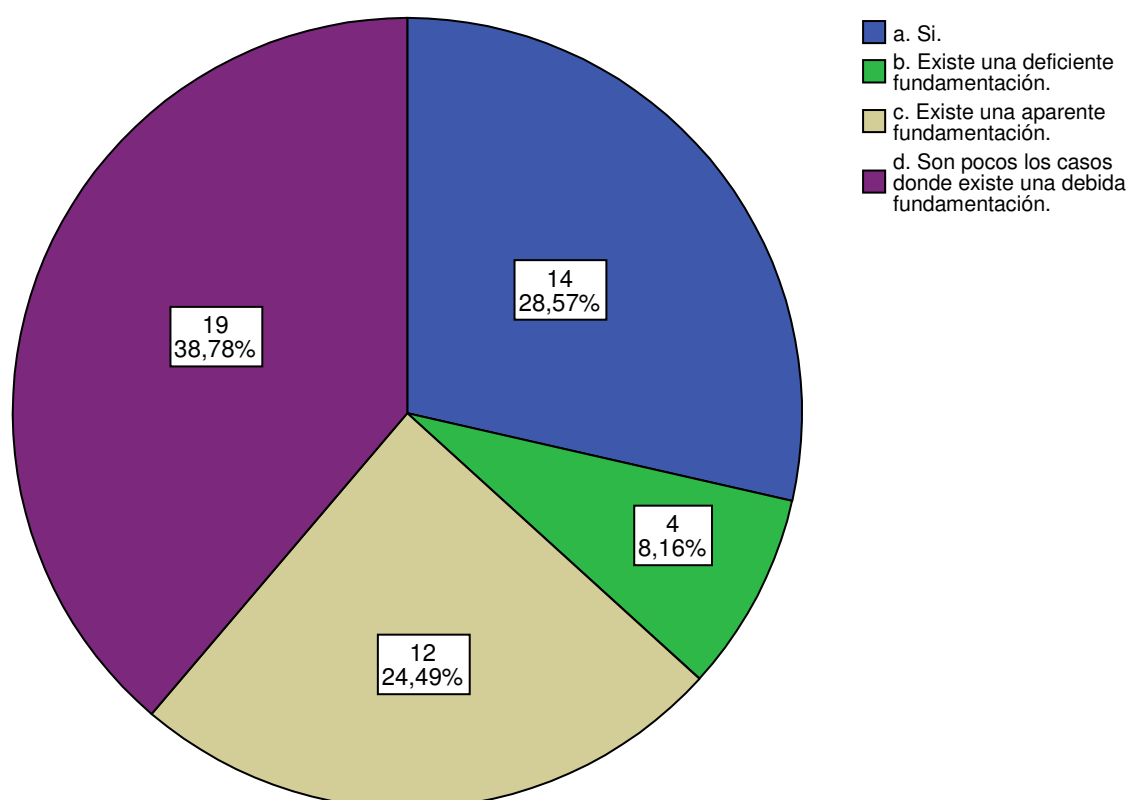


**TABLA N.º 2**

**2.- Considera Ud. que se realiza una debida fundamentación (motivación) de las sentencias condenatorias penales, respecto a la determinación de la pena privativa de libertad.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si.	14	28.6	28.6	28.6
	b. Existe una deficiente fundamentación.	4	8.2	8.2	36.7
	c. Existe una aparente fundamentación.	12	24.5	24.5	61.2
	d. Son pocos los casos donde existe una debida fundamentación.	19	38.8	38.8	100.0
	Total	49	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 2**

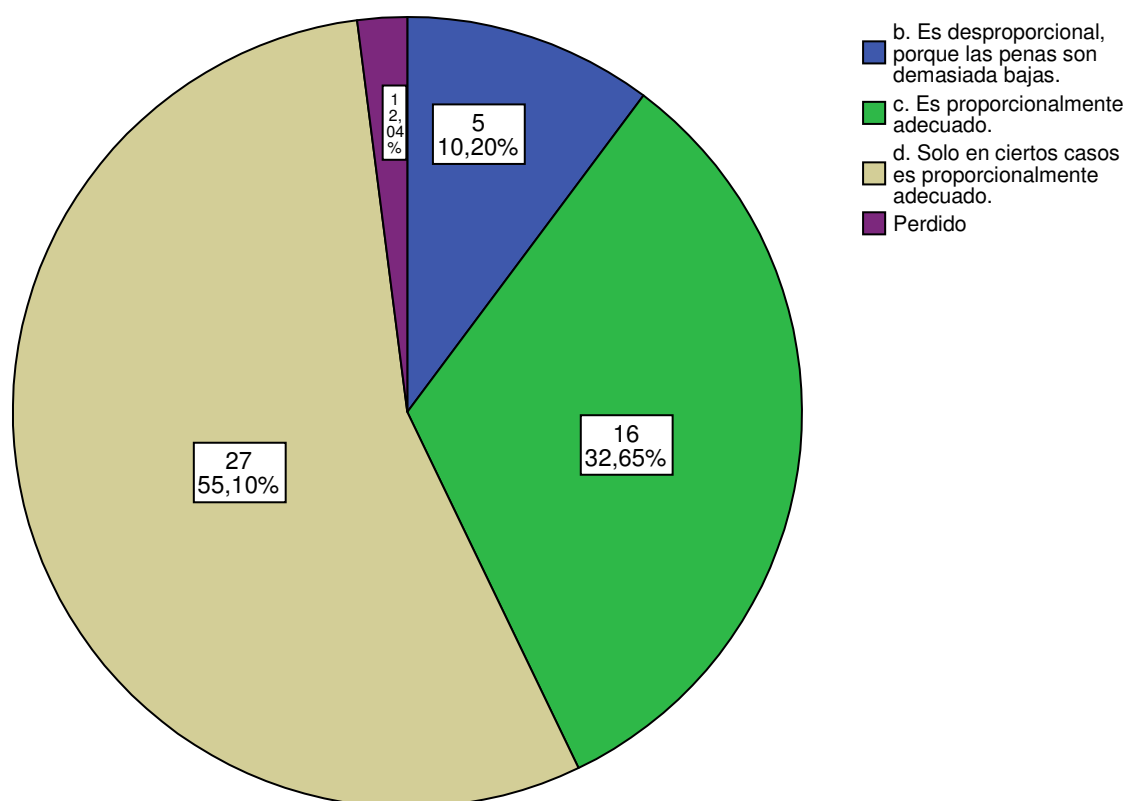


**TABLA N.º 3**

**3.- Según su experiencia y conocimiento, considera Ud. que la determinación de la pena privativa de libertad, ha sido proporcional con la lesión al bien jurídico.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	b. Es desproporcional, porque las penas son demasiada bajas.	5	10.2	10.4	10.4
	c. Es proporcionalmente adecuado.	16	32.7	33.3	43.8
	d. Sólo en ciertos casos es proporcionalmente adecuado.	27	55.1	56.3	100.0
	Total	48	98.0	100.0	
Perdidos	Sistema	1	2.0		
Total		49	100.0		

**GRÁFICO N.º 3**

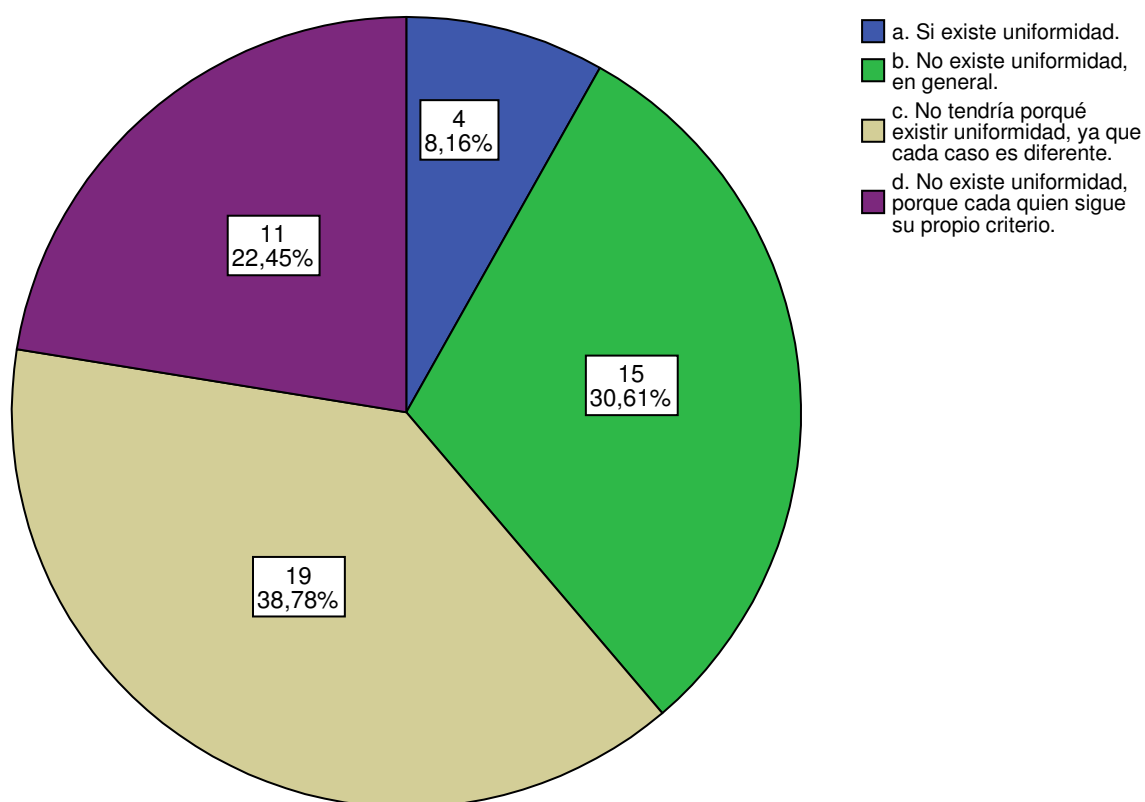


**TABLA N.º 4**

**4.- Según Ud., existe uniformidad en la determinación de las penas privativas de libertad en los juzgados penales sumarios de Lima.**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos a. Si existe uniformidad.	4	8.2	8.2	8.2
b. No existe uniformidad, en general.	15	30.6	30.6	38.8
c. No tendría porqué existir uniformidad, ya que cada caso es diferente.	19	38.8	38.8	77.6
d. No existe uniformidad, porque cada quien sigue su propio criterio.	11	22.4	22.4	100.0
Total	49	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 4**

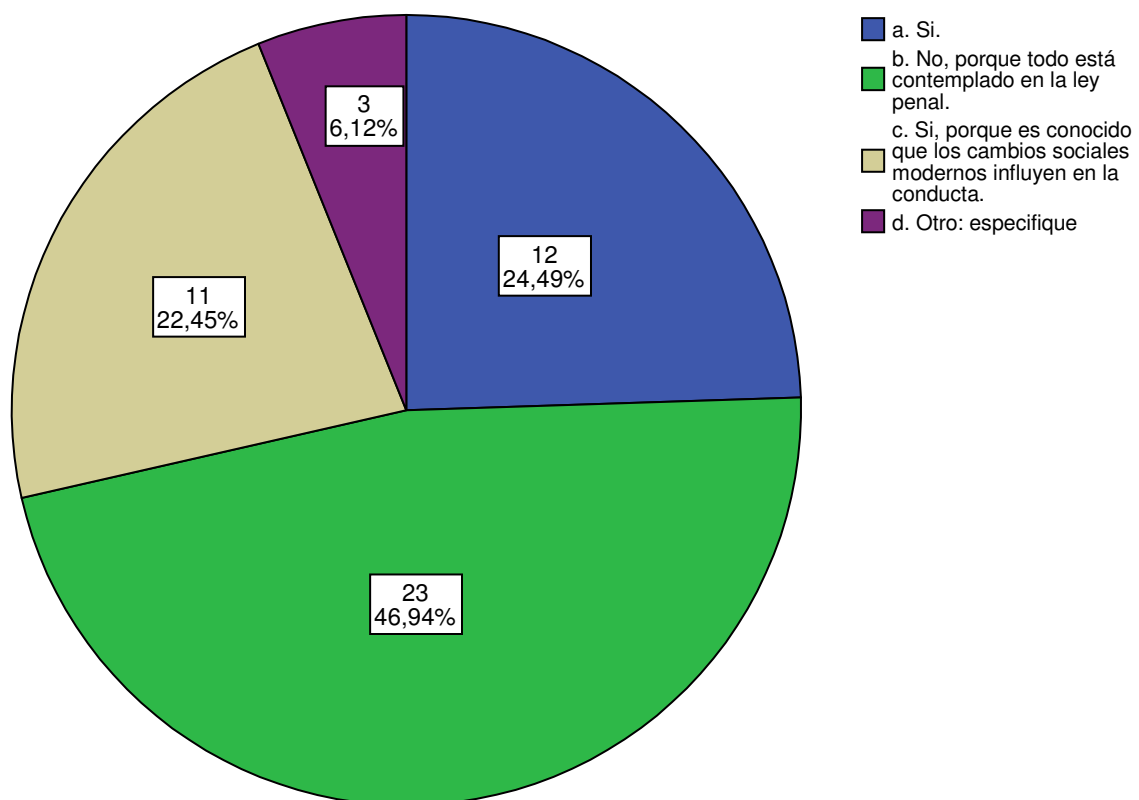


**TABLA N.º 5**

**5.- Ante los nuevos cambios sociales (modernidad), al momento de la determinación de la pena privativa de libertad, ¿se toma en cuenta este cambio social como influencia de la conducta humana?**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos a. Si.	12	24.5	24.5	24.5
b. No, porque todo está contemplado en la ley penal.	23	46.9	46.9	71.4
c. Si, porque es conocido que los cambios sociales modernos influyen en la conducta.	11	22.4	22.4	93.9
d. Otro: especifique	3	6.1	6.1	100.0
Total	49	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 5**

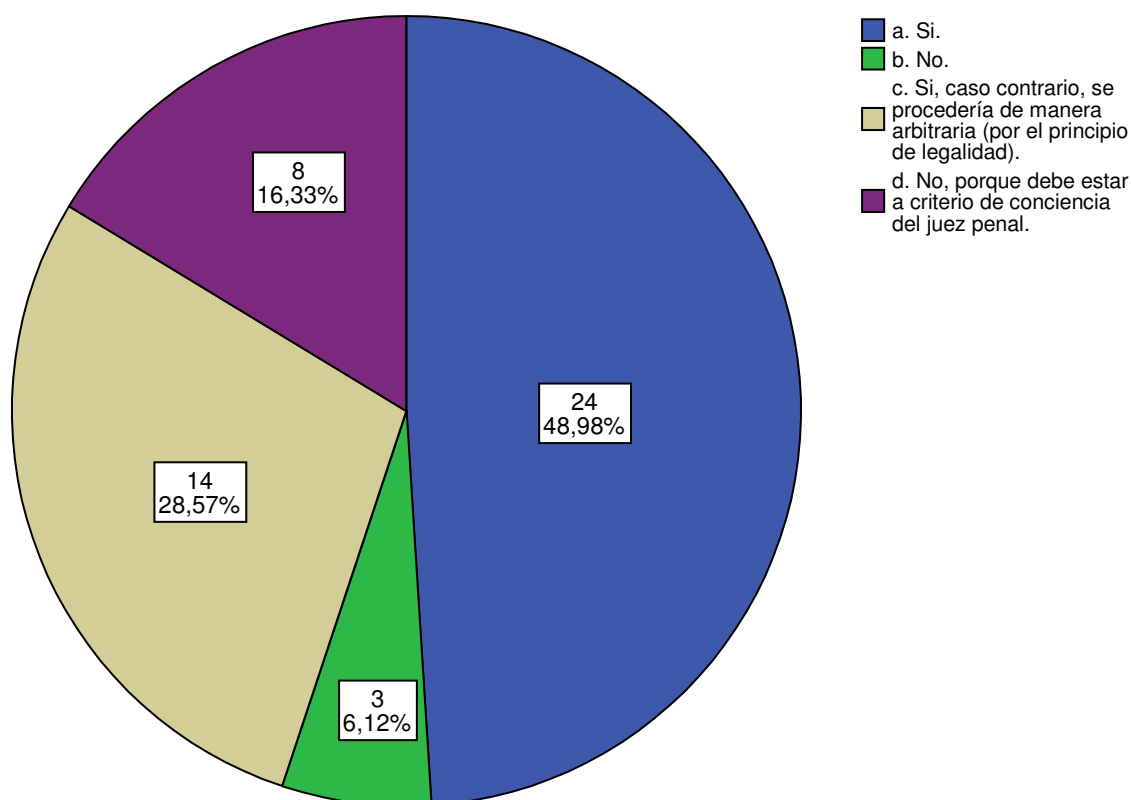


**TABLA N.º 6**

i.- Considera Ud. que la aplicación de la pena privativa de libertad (suspendida y efectiva, así como en su máximo y mínimo) siempre debe estar definida en la ley.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si.	24	49.0	49.0	49.0
	b. No.	3	6.1	6.1	55.1
	c. Si, caso contrario, se procedería de manera arbitraria (por el principio de legalidad).	14	28.6	28.6	83.7
	d. No, porque debe estar a criterio de conciencia del juez penal.	8	16.3	16.3	100.0
	Total	49	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 6**

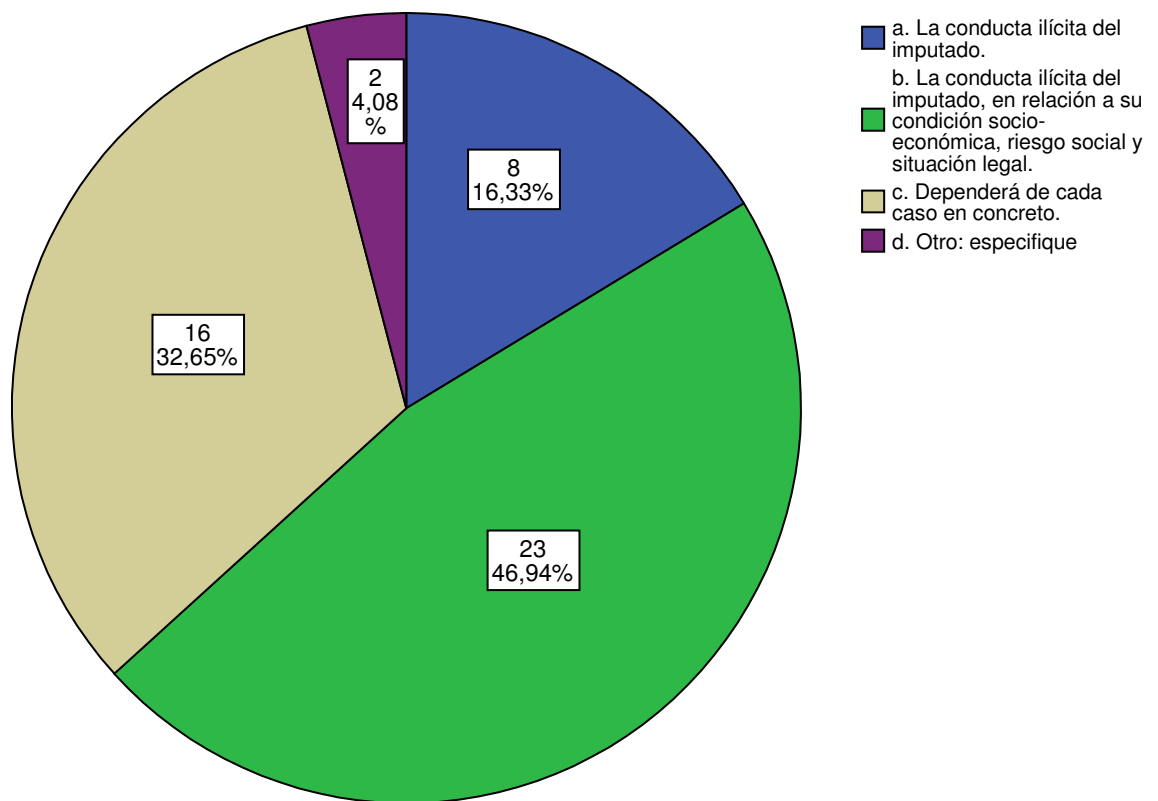


**TABLA N.º 7**

!- Qué es lo primordial que se debe tomar en cuenta al momento de la determinación judicial de la pena privativa de libertad.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. La conducta ilícita del imputado.	8	16.3	16.3	16.3
	b. La conducta ilícita del imputado, en relación a su condición socio-económica, riesgo social y situación legal.	23	46.9	46.9	63.3
	c. Dependerá de cada caso en concreto.	16	32.7	32.7	95.9
	d. Otro: especifique	2	4.1	4.1	100.0
	Total	49	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 7**

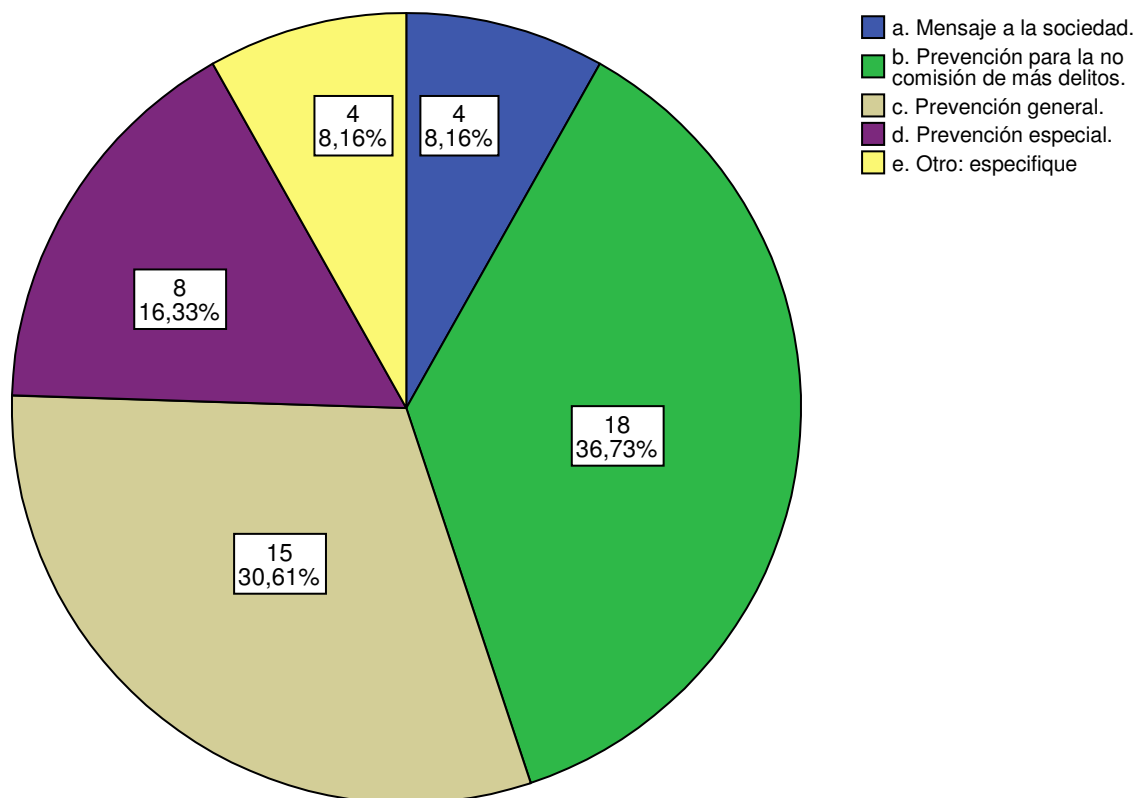


**TABLA N.º 8**

**8.- Para la determinación de la pena privativa de libertad, cuál es el criterio primordial que toma en cuenta como parte del fin de la pena.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Mensaje a la sociedad.	4	8.2	8.2	8.2
	b. Prevención para la no comisión de más delitos.	18	36.7	36.7	44.9
	c. Prevención general.	15	30.6	30.6	75.5
	d. Prevención especial.	8	16.3	16.3	91.8
	e. Otro: especifique	4	8.2	8.2	100.0
	Total	49	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 8**



**TABLA N.º 9**



9.- Cree Ud. que la carga procesal que afrontan los juzgados penales sumarios de Lima sea un impedimento para la aplicación debida de la pena privativa de libertad.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si.	8	16.3	16.3	16.3
	b. Si, porque no se realiza un verdadero estudio por atender tantos otros casos.	18	36.7	36.7	53.1
	c. No.	14	28.6	28.6	81.6
	d. No, porque nunca fue un impedimento.	8	16.3	16.3	98.0
	e. Otro: especifique	1	2.0	2.0	100.0
	Total	49	100.0	100.0	

GRÁFICO N.º 9

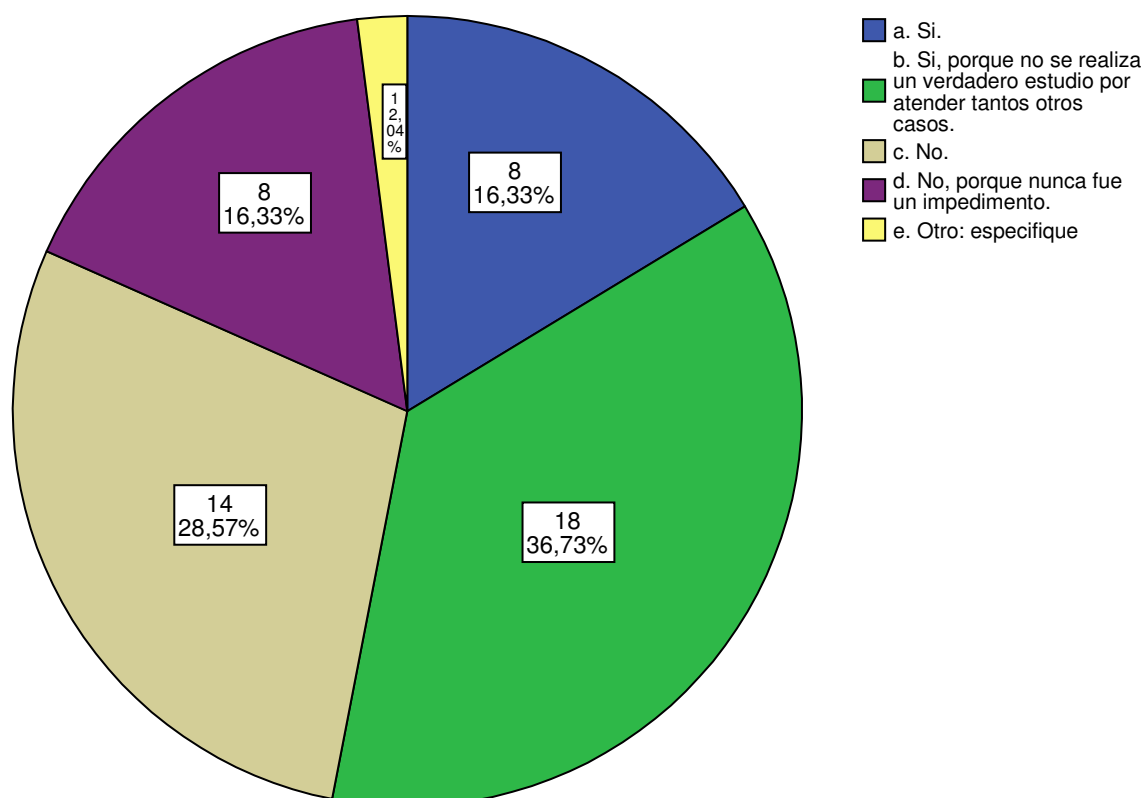
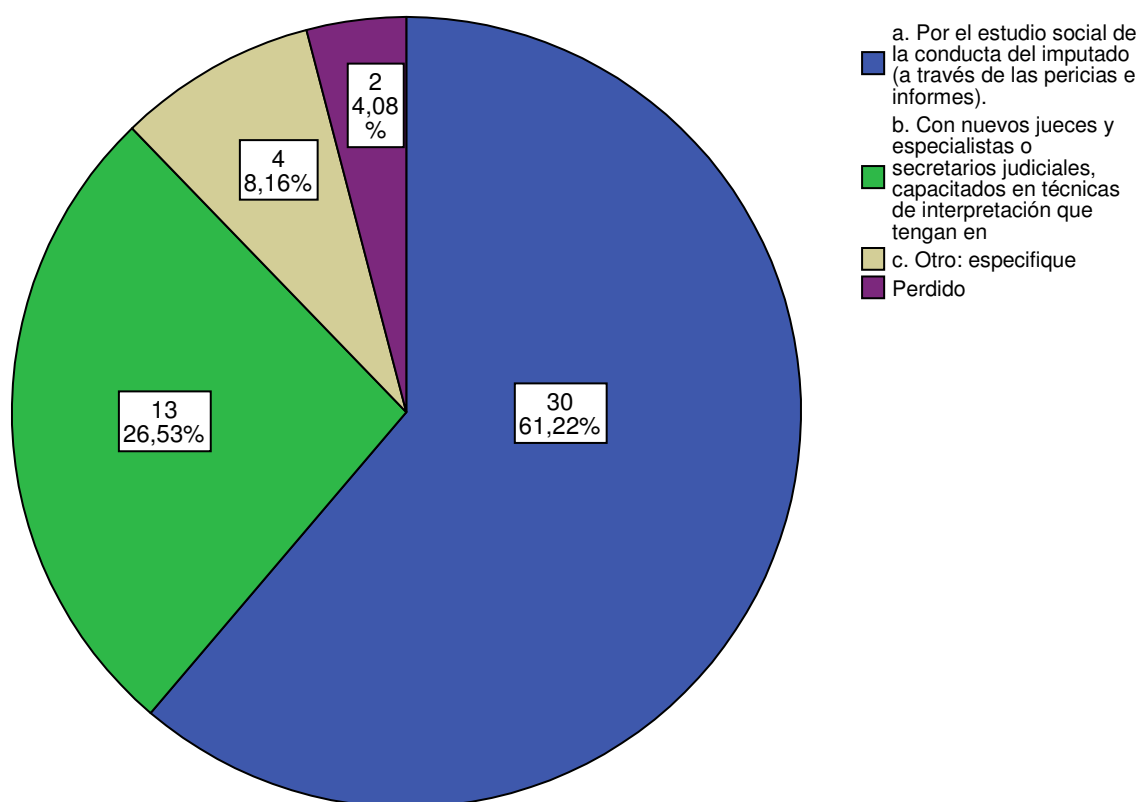


TABLA N.º 10

**10.- A su sugerencia, cómo se debe determinar la pena privativa de libertad, ante los casos existentes y los nuevos cambios sociales.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Por el estudio social de la conducta del imputado (a través de las pericias e informes).	30	61.2	63.8	63.8
	b. Con nuevos jueces y especialistas o secretarios judiciales, capacitados en técnicas de interpretación que tengan en	13	26.5	27.7	91.5
	c. Otro: especifique	4	8.2	8.5	100.0
	Total	47	95.9	100.0	
Perdidos	Sistema	2	4.1		
Total		49	100.0		

**GRÁFICO N.º 10**

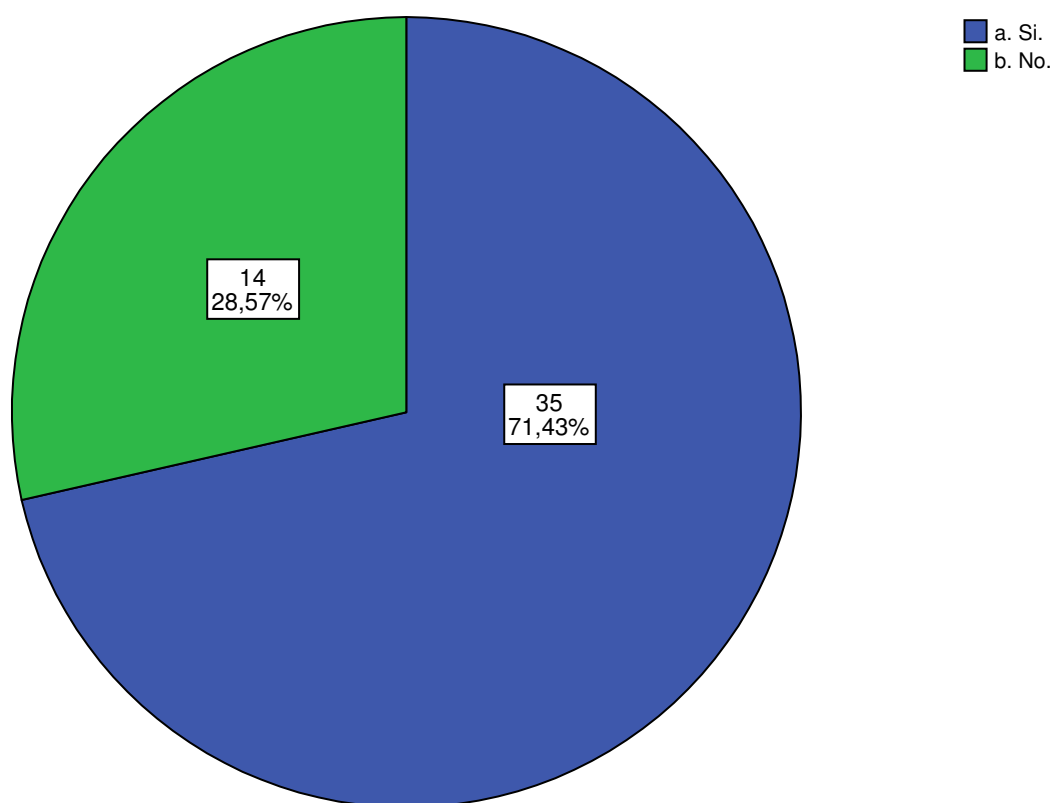


**TABLA N.º 11**

**1.- Considera Ud. Que en algunos casos, influye la presión de la prensa, la población, u opiniones políticas, en la determinación de la pena privativa de libertad.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si.	35	71.4	71.4	71.4
	b. No.	14	28.6	28.6	100.0
	Total	49	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 11**



### 3.1.2.2 Comentario al resultado de las encuestas obtenidas de secretarios o auxiliares de juzgados sumarios

1. Ante la primera pregunta planteada, los especialistas respondieron en un porcentaje válido del 40% que se hace aplicación difusa, además de aplicar los artículos 45, 46, 46-A 46-B y 46-C del Código Penal, los que señala el tipo penal y leyes extrapenales; un 27% respondió que además de los artículos señalados anteriormente, los que señala el tipo penal específico en cada caso; el 16% respondió que solo los artículos 45, 46, 46-A 46-B y 46-C del Código Penal; el 13% respondió que además de los artículos señalados, los que señala el tipo penal y leyes extrapenales; y el 4% respondió otro a especificar.

2. En cuanto a la segunda pregunta planteada, los especialistas respondieron en un 39% del porcentaje válido que son pocos los casos donde existe una debida fundamentación; un 29% respondió que sí existe una debida fundamentación; un 24% respondió que existe una aparente fundamentación; y un 8% restante señaló que existe una deficiente fundamentación.

3. Ante la tercera pregunta, entre especialistas, secretarios y auxiliares respondieron en un 57% del porcentaje válido que solo en ciertos casos es proporcionalmente adecuado; un 33% respondió que es proporcionalmente adecuado; y un 10% señaló que es desproporcional, ya que las penas son demasiadas bajas.

4. Ante la cuarta pregunta, el 39% del porcentaje válido de los encuestados respondió que no tendría por qué existir uniformidad, ya que en cada caso es diferente; un 31% del porcentaje válido respondió que en general no existe uniformidad; un 22% de los encuestados respondió que no existe uniformidad, porque cada quien sigue su propio criterio; y un 8% respondió que si existe uniformidad.

5. En cuanto a la quinta pregunta planteada, el 47% del porcentaje válido respondió que no se toma en cuenta el cambio social como influencia de la conducta humana, ya que todo está contemplado en la ley penal; un 25% de

los encuestados respondió que sí; un 22% respondió que sí, puesto que es conocido que los cambios sociales modernos influyen en la conducta; y un 6% final respondió otros.

6. Ante la sexta pregunta, los encuestados respondieron en un 49% del porcentaje válido que sí consideran que la aplicación de la pena privativa de la libertad siempre debe estar definida en la ley; el 29% respondió que sí, porque en caso contrario se procedería de manera arbitraria; el 16% respondió que no, porque debe estar a criterio de conciencia del juez penal; y el 6% respondió que no.

7. Ante la séptima pregunta, el 47% del porcentaje válido respondió que lo primordial que se debe tomar en cuenta al momento de la determinación de la pena privativa de libertad es la conducta ilícita del imputado, en relación a su condición socioeconómica, riesgo social y situación legal; el 33% respondió que dependerá de cada caso en concreto; el 16% respondió que la conducta ilícita del imputado; y el 4% respondió otros a especificar.

8. En cuanto a la octava pregunta, los encuestados respondieron en un 37% del porcentaje válido que el criterio primordial que se toma en cuenta como parte del fin de la pena es la prevención para la no comisión de más delitos; el 31% respondió que es la prevención general; el 16% respondió que es la prevención especial; un 8% respondió que es el mensaje a la sociedad y; por último, otro 8% señaló otro a especificar.

9. Ante la novena pregunta, el 37% del porcentaje válido de los encuestados respondió que la carga procesal que afrontan los juzgados penales sumarios de Lima es un impedimento para la aplicación debida de la pena privativa de la libertad, ya que no se realiza un verdadero estudio por atender tantos otros casos; el 29% de los encuestados respondió que no; el 16% señaló que sí, otro 16% respondió que no, porque nunca fue un impedimento; y un 2% señaló otros a especificar.

10. Ante la décima pregunta, el 64% del porcentaje válido de los encuestados respondió que, ante los casos existentes y los nuevos cambios sociales, la pena privativa de libertad se debe determinar por el estudio social de la conducta del imputado, a través de las pericias e informes; el 28% respondió que aquello se debe determinar con nuevos jueces y especialistas o secretarios judiciales capacitados en técnicas de interpretación que tengan en cuenta la realidad dinámica y tecnología avanzada; y, por último, el 9% respondió otros a especificar.

11. Ante la undécima pregunta, el 71% del porcentaje válido de los encuestados respondió que en algunos casos sí influye la presión de la prensa u opiniones políticas en la determinación de la pena privativa de la libertad, mientras que el 29% afirmó al contrario.

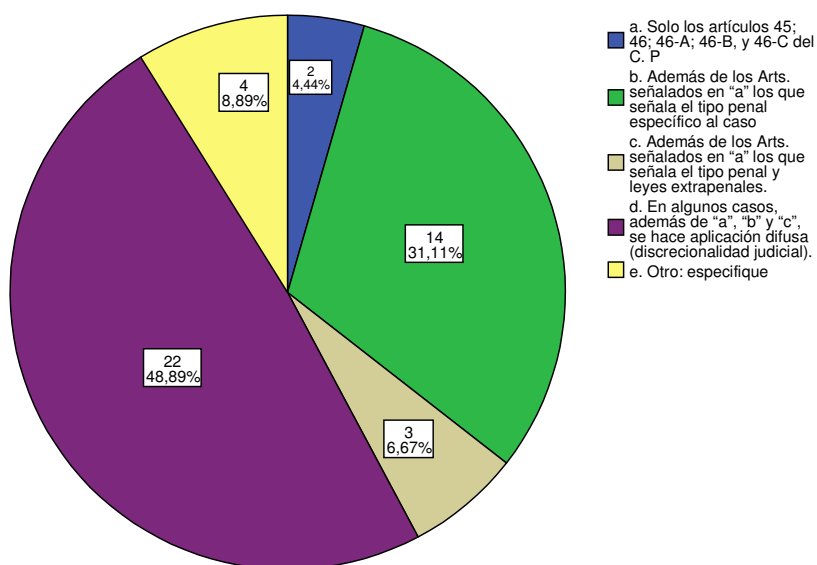
### 3.1.2.3 Resultados de la encuesta semiabierta de secretarios o auxiliares de juzgados ordinarios

**TABLA N.º 1**

**I. Cuáles son los criterios que Ud. considera que se toma en cuenta para la determinación de la pena privativa de libertad.**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos a. Sólo los artículos 45; 46; 46-A; 46-B, y 46-C del C. P	2	4.4	4.4	4.4
b. Además de los arts. señalados en "a" los que señala el tipo penal específico al caso	14	31.1	31.1	35.6
c. Además de los arts. señalados en "a" los que señala el tipo penal y leyes extra penales.	3	6.7	6.7	42.2
d. En algunos casos, además de "a", "b" y "c", se hace aplicación difusa (discrecionalidad judicial).	22	48.9	48.9	91.1
e. Otro: especifique	4	8.9	8.9	100.0
Total	45	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 1**

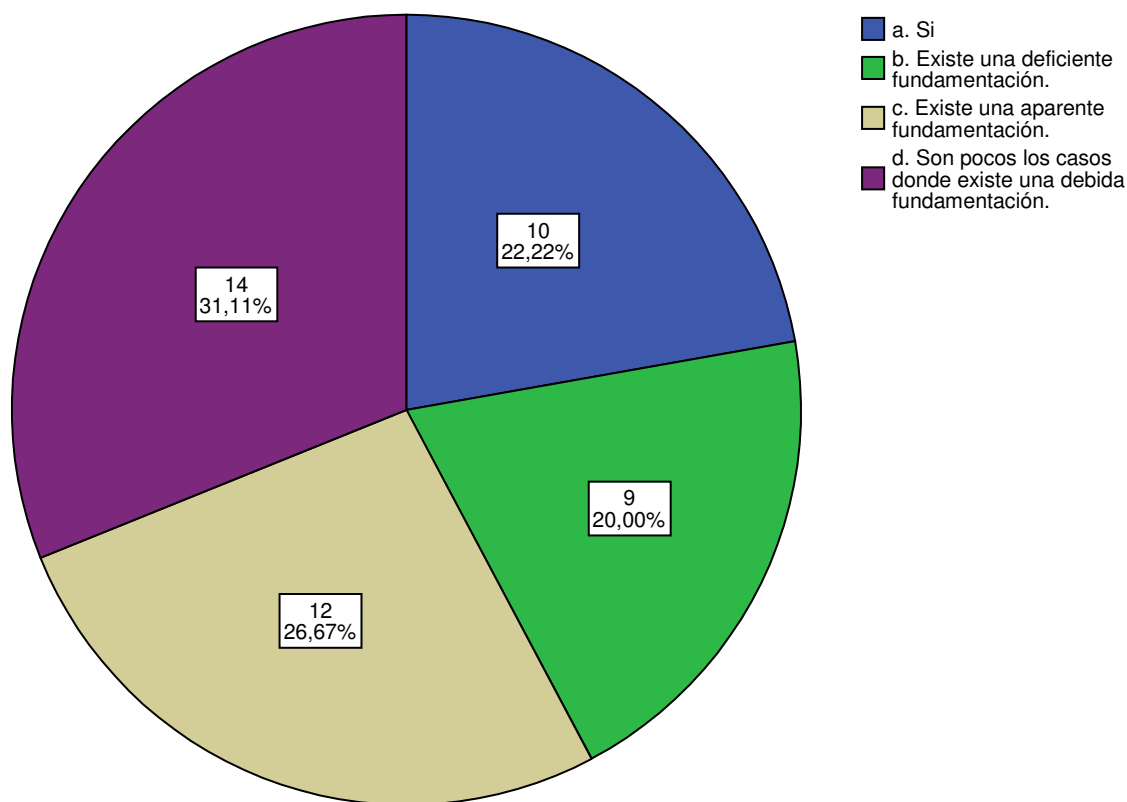


**TABLA N.º 2**

**2. Considera Ud. que se realiza una debida fundamentación (motivación) de las sentencias condenatorias penales, respecto a la determinación de la pena privativa de libertad.**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos a. Si	10	22.2	22.2	22.2
b. Existe una deficiente fundamentación.	9	20.0	20.0	42.2
c. Existe una aparente fundamentación.	12	26.7	26.7	68.9
d. Son pocos los casos donde existe una debida fundamentación.	14	31.1	31.1	100.0
Total	45	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 2**



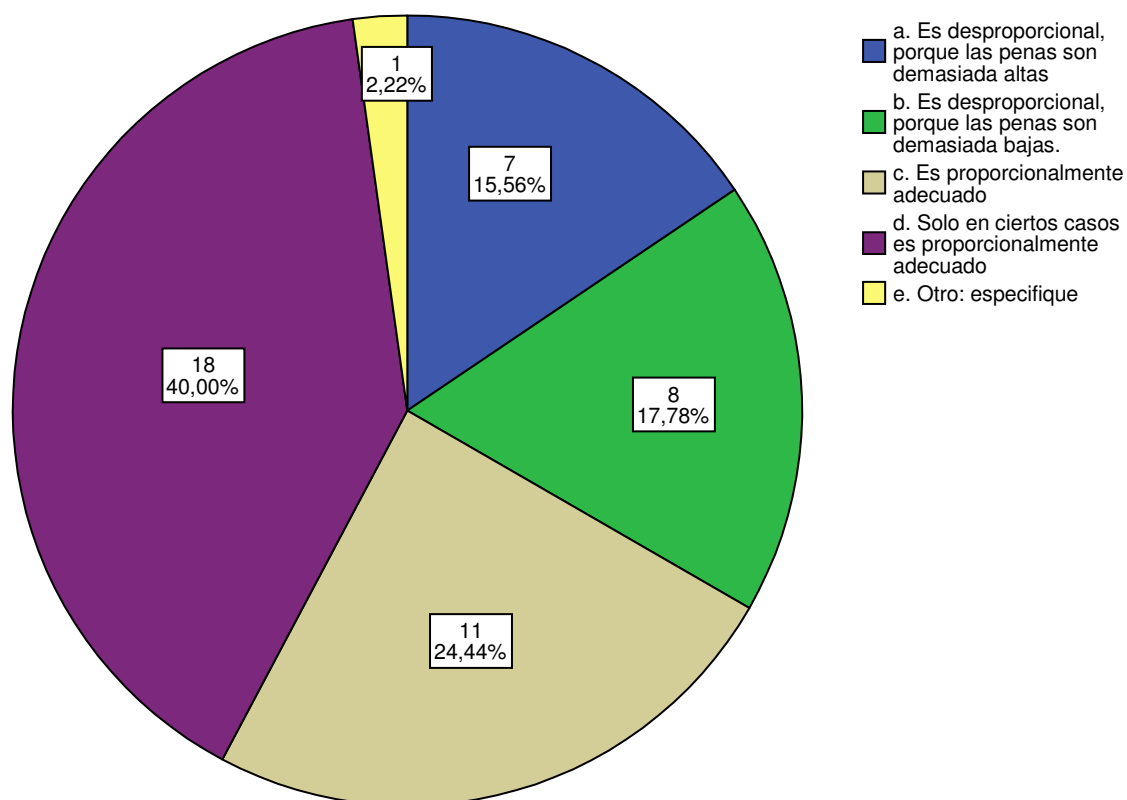


**TABLA N.º 3**

**3. Según su experiencia y conocimiento, considera Ud. que la determinación de la pena privativa de libertad, ha sido proporcional con la lesión al bien jurídico.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Es desproporcional, porque las penas son demasiada altas	7	15.6	15.6	15.6
	b. Es desproporcional, porque las penas son demasiada bajas.	8	17.8	17.8	33.3
	c. Es proporcionalmente adecuado	11	24.4	24.4	57.8
	d. Sólo en ciertos casos es proporcionalmente adecuado	18	40.0	40.0	97.8
	e. Otro: especifique	1	2.2	2.2	100.0
	Total	45	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 3**

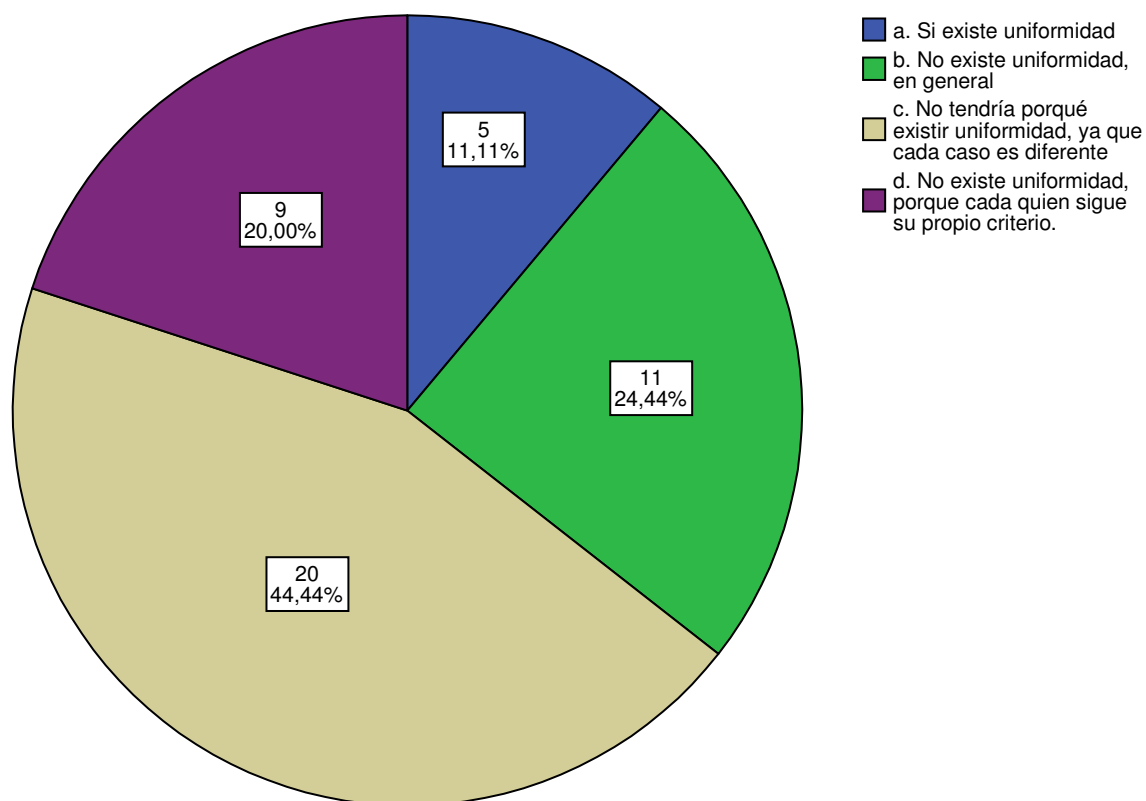


**TABLA N.º 4**

. Según Ud., existe uniformidad en la determinación de las penas privativas de libertad en los juzgados penales ordinarios de Lima.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si existe uniformidad	5	11.1	11.1	11.1
	b. No existe uniformidad, en general	11	24.4	24.4	35.6
	c. No tendría porqué existir uniformidad, ya que cada caso es diferente	20	44.4	44.4	80.0
	d. No existe uniformidad, porque cada quien sigue su propio criterio.	9	20.0	20.0	100.0
	Total	45	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 4**

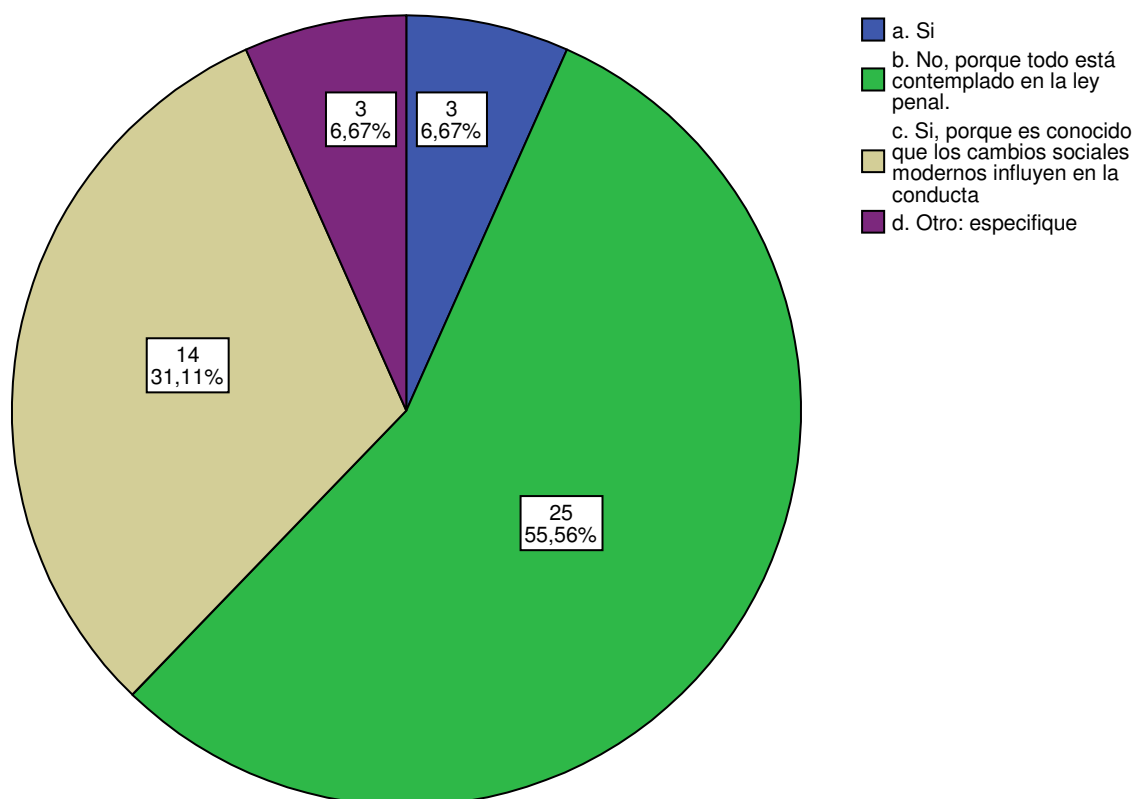


**TABLA N.º 5**

**4. Ante los nuevos cambios sociales (modernidad), al momento de la determinación de la pena privativa de libertad, ¿se toma en cuenta este cambio social como influencia de la conducta humana?**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos a. Si	3	6.7	6.7	6.7
b. No, porque todo está contemplado en la ley penal.	25	55.6	55.6	62.2
c. Si, porque es conocido que los cambios sociales modernos influyen en la conducta	14	31.1	31.1	93.3
d. Otro: especifique	3	6.7	6.7	100.0
Total	45	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 5**

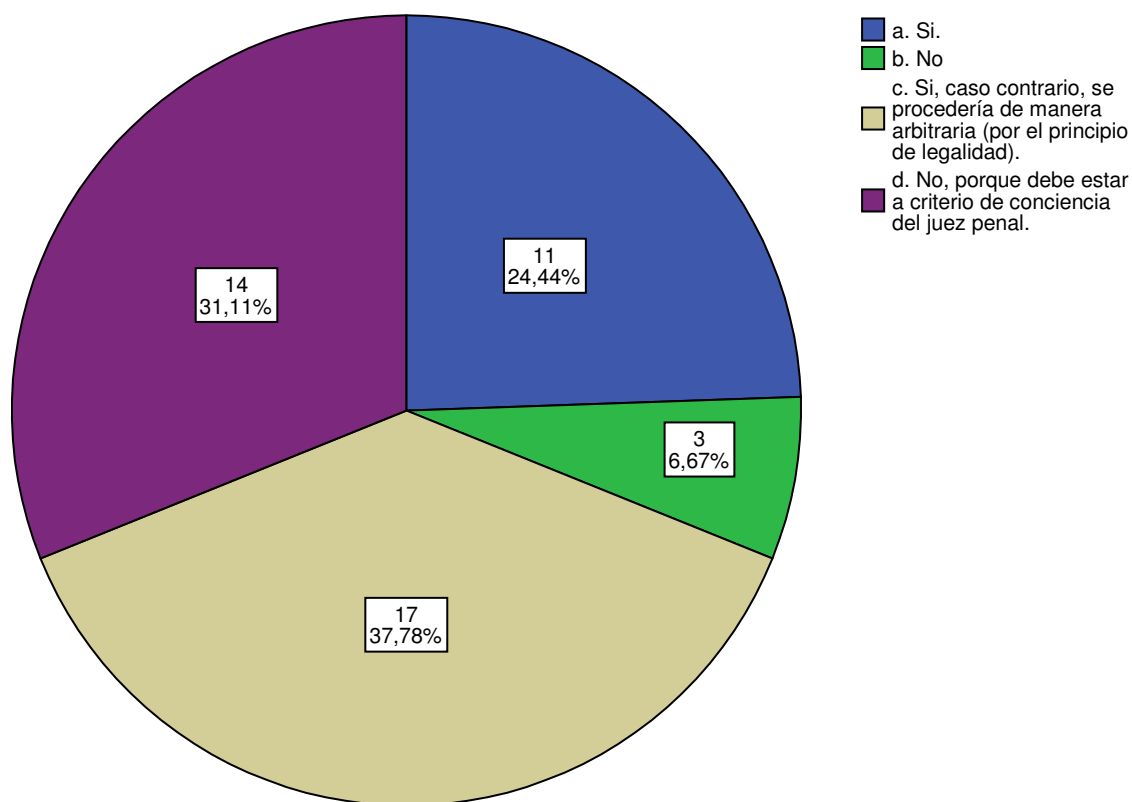


**TABLA N.º 6**

3. Considera Ud. que la aplicación de la pena privativa de libertad (suspendida y efectiva, así como en su máximo y mínimo) siempre debe estar definida en la ley.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si.	11	24.4	24.4	24.4
	b. No	3	6.7	6.7	31.1
	c. Si, caso contrario, se procedería de manera arbitraria (por el principio de legalidad).	17	37.8	37.8	68.9
	d. No, porque debe estar a criterio de conciencia del juez penal.	14	31.1	31.1	100.0
	Total	45	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 6**

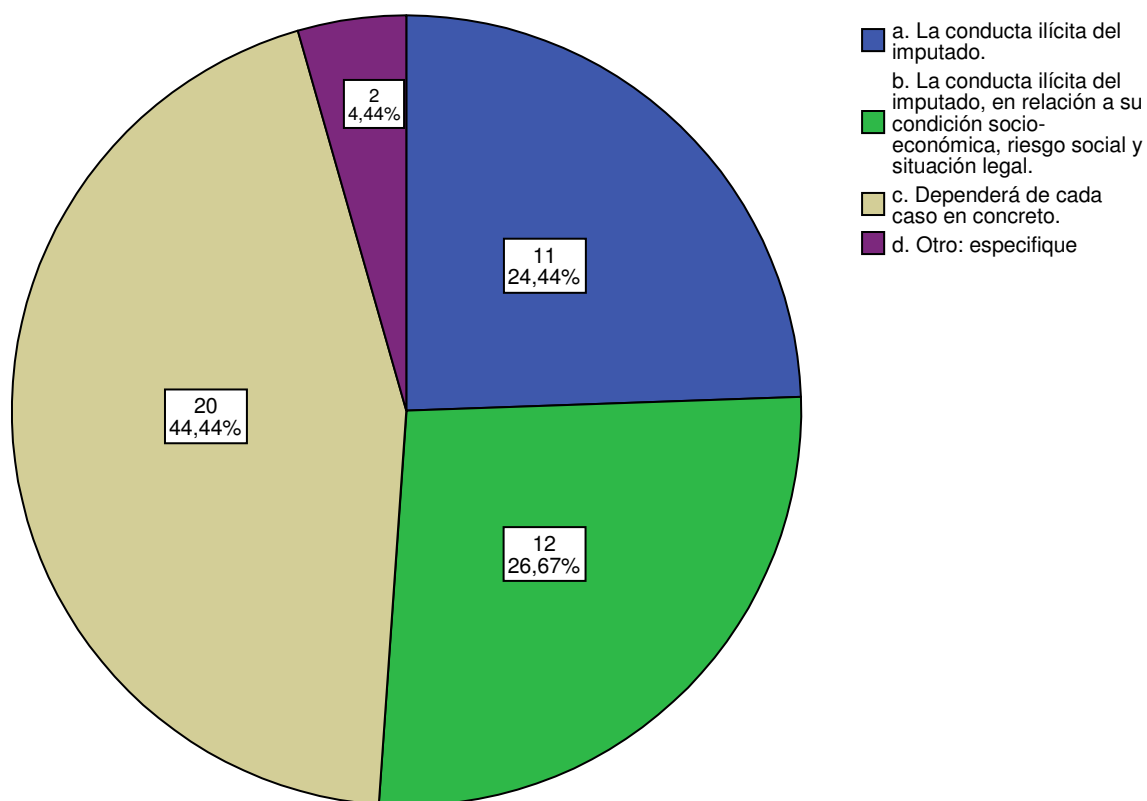


**TABLA N.º 7**

**7. Qué es lo primordial que se debe tomar en cuenta al momento de la determinación judicial de la pena privativa de libertad.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. La conducta ilícita del imputado.	11	24.4	24.4	24.4
	b. La conducta ilícita del imputado, en relación a su condición socio-económica, riesgo social y situación legal.	12	26.7	26.7	51.1
	c. Dependerá de cada caso en concreto.	20	44.4	44.4	95.6
	d. Otro: especifique	2	4.4	4.4	100.0
	Total	45	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 7**

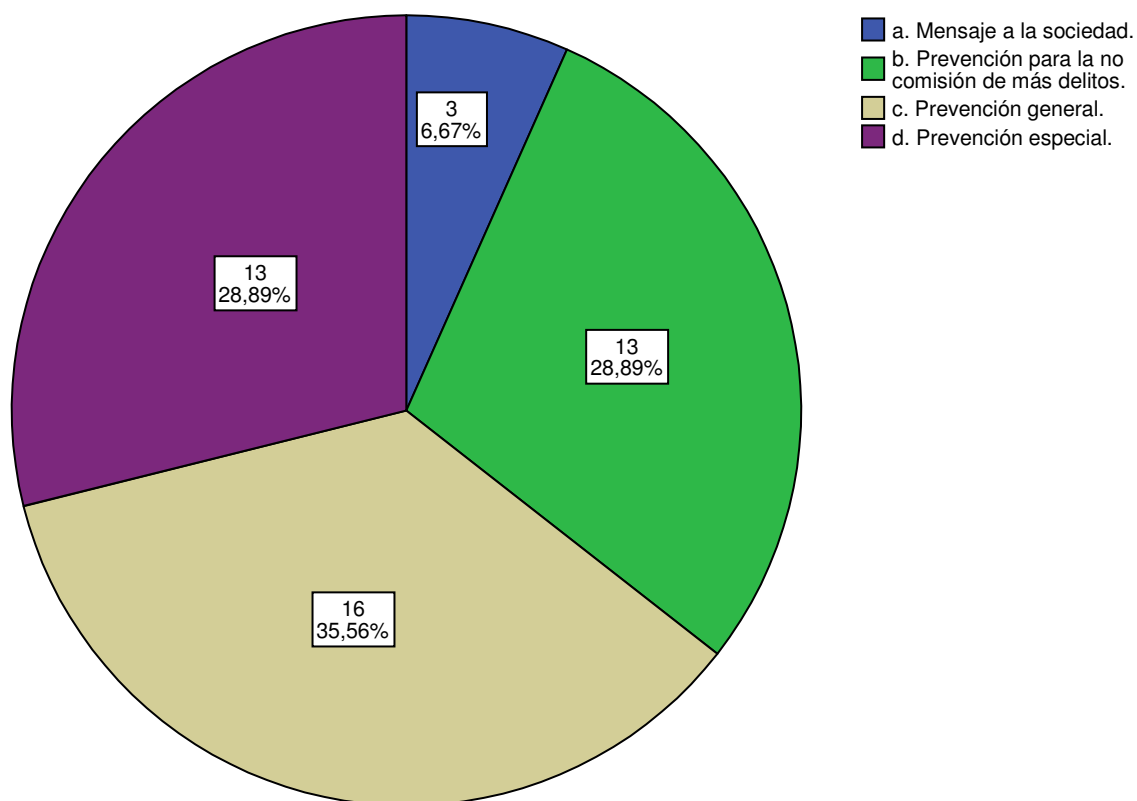


**TABLA N.º 8**

**8. Para la determinación de la pena privativa de libertad, cuál es el criterio primordial que toma en cuenta como parte del fin de la pena.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Mensaje a la sociedad.	3	6.7	6.7	6.7
	b. Prevención para la no comisión de más delitos.	13	28.9	28.9	35.6
	c. Prevención general.	16	35.6	35.6	71.1
	d. Prevención especial.	13	28.9	28.9	100.0
	Total	45	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 8**

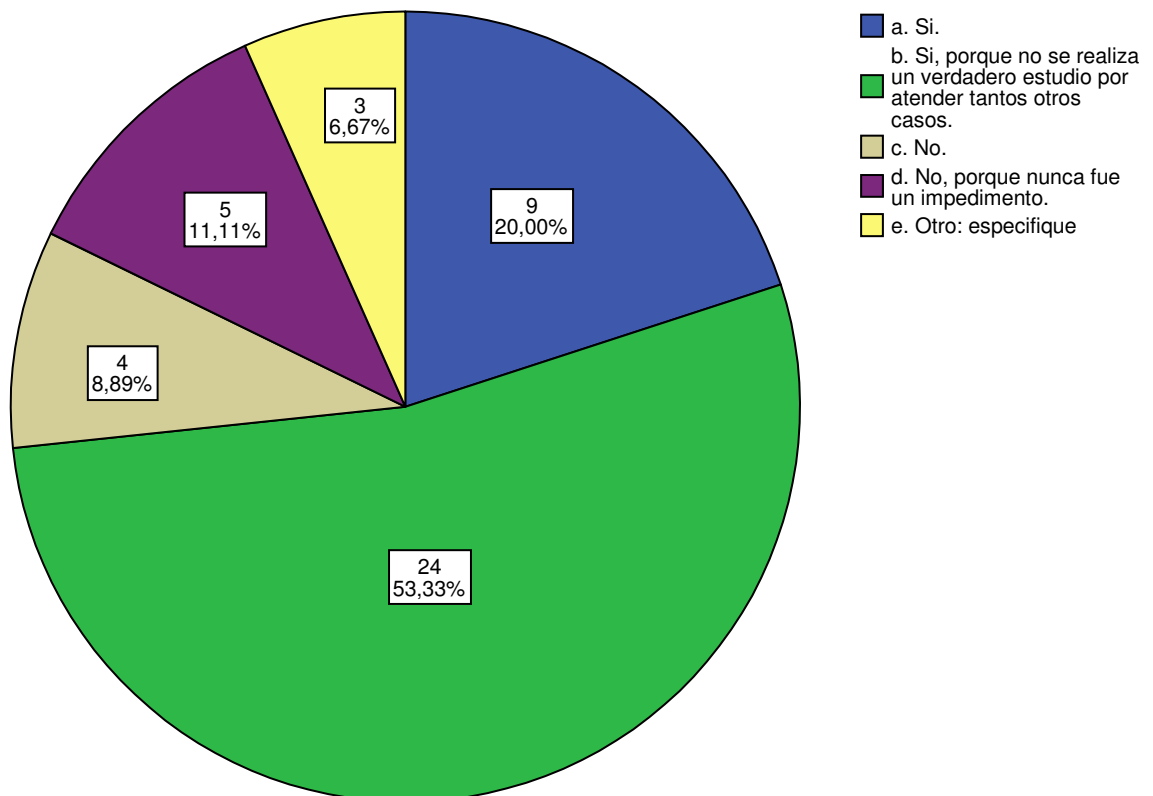


**TABLA N.º 9**

**9. Cree Ud. que la carga procesal que afrontan los juzgados penales ordinarios de Lima sea un impedimento para la aplicación debida de la pena privativa de libertad.**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos a. Si.	9	20.0	20.0	20.0
b. Si, porque no se realiza un verdadero estudio por atender tantos otros casos.	24	53.3	53.3	73.3
c. No.	4	8.9	8.9	82.2
d. No, porque nunca fue un impedimento.	5	11.1	11.1	93.3
e. Otro: especifique	3	6.7	6.7	100.0
Total	45	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 9**

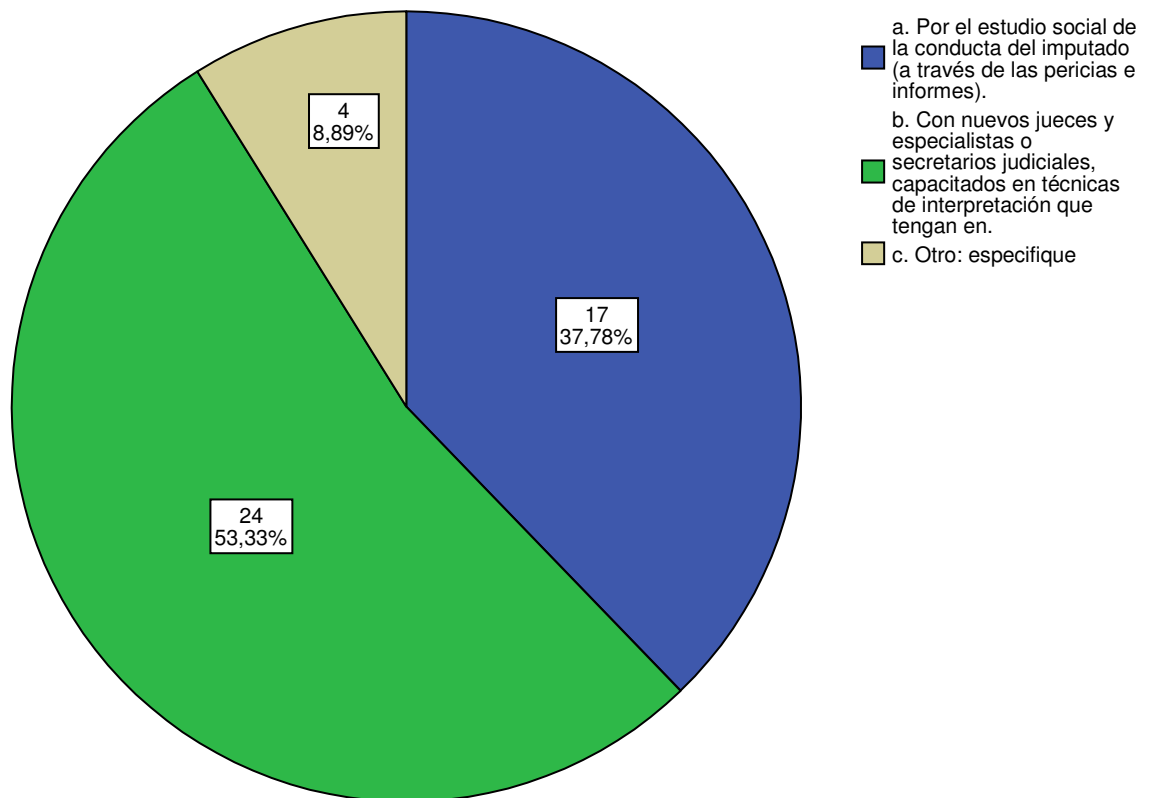


**TABLA N.º 10**

**10. A su sugerencia, cómo se debe determinar la pena privativa de libertad, ante los casos existentes y los nuevos cambios sociales.**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos a. Por el estudio social de la conducta del imputado (a través de las pericias e informes).	17	37.8	37.8	37.8
b. Con nuevos jueces y especialistas o secretarios judiciales, capacitados en técnicas de interpretación que tengan en.	24	53.3	53.3	91.1
c. Otro: especifique	4	8.9	8.9	100.0
Total	45	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 10**



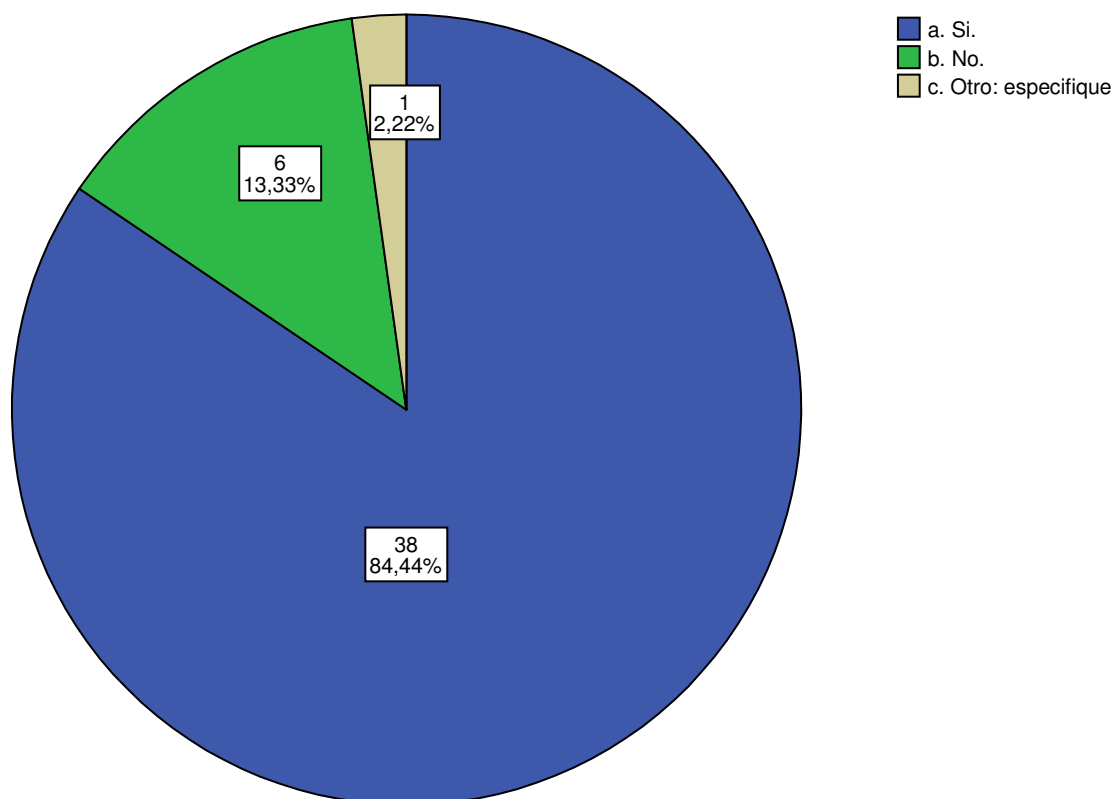


**TABLA N.º 11**

**11. Considera Ud. Que en algunos casos, influye la presión de la prensa, la población, u opiniones políticas, en la determinación de la pena privativa de libertad.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si.	38	84.4	84.4	84.4
	b. No.	6	13.3	13.3	97.8
	c. Otro: especifique	1	2.2	2.2	100.0
	Total	45	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 11**



### 3.1.2.4 Comentario al resultado de las encuestas obtenidas de secretarios o auxiliares de juzgados ordinarios

1. Ante la primera pregunta planteada, los especialistas respondieron en un porcentaje válido del 49% que se hace aplicación difusa (discrecionalidad judicial) además de aplicar los artículos 45, 46, 46-A, 46-B y 46-C del Código Penal, los que señala el tipo penal y leyes extrapenales; un 31% respondió que además de los artículos señalados en “a”, los que señala el tipo penal específico en cada caso; el 7% respondió que además de los artículos señalados, los que señala el tipo penal y leyes extrapenales; el 4% respondió que solo los artículos 45, 46, 46-A 46-B y 46-C del Código Penal; y el 9% respondió otro a especificar.

2. En cuanto a la segunda pregunta planteada, los especialistas respondieron en un 31% del porcentaje válido que son pocos los casos donde existe una debida fundamentación; un 27% respondió que existe una aparente fundamentación; un 22% respondió que sí existe una debida fundamentación; y un 20% respondió que existe una deficiente fundamentación

3. Ante la tercera pregunta, los especialistas, secretarios y auxiliares respondieron en un 40% del porcentaje válido que solo en ciertos casos es proporcionalmente adecuado; un 24% afirmó que es proporcionalmente adecuado; un 18% respondió que es desproporcional, porque las penas son demasiadas bajas; y un 16% respondió que es desproporcional, porque las penas son demasiadas altas.

4. Ante la cuarta pregunta, el 44% del porcentaje válido de los encuestados respondió que no tendría por qué existir uniformidad, ya que cada caso es diferente; un 24% del porcentaje válido respondió que en general no existe uniformidad; un 20% de los encuestados respondió que no existe uniformidad, porque cada quien sigue su propio criterio; y un 11% respondió que sí existe uniformidad.

5. En cuanto a la quinta pregunta planteada, el 56% del porcentaje válido respondió que no se toma en cuenta el cambio social como influencia de la conducta humana, ya que todo está contemplado en la ley penal; un 31% de los encuestados respondió que sí, ya que es conocido que los cambios sociales modernos influyen en la conducta; un 7% respondió que sí; y un 7% respondió otro a especificar.

6. Ante la sexta pregunta planteada, los encuestados respondieron en un 38% del porcentaje válido que sí, porque en caso contrario se procedería de manera arbitraria (por el principio de legalidad); el 31% respondió que no, porque debe estar a criterio de conciencia del juez penal; un 24% respondió que sí; y un 6% respondió que no.

7. Ante la séptima pregunta planteada, el 44% del porcentaje válido respondió que dependerá de cada caso concreto; un 27% respondió que lo primordial que se debe tomar en cuenta al momento de la determinación de la pena privativa de libertad es la conducta ilícita del imputado, en relación a su condición socioeconómica, riesgo social y situación legal; un 24% respondió que la conducta ilícita del imputado; y un 4% respondió otros a especificar.

8. En cuanto a la octava pregunta, los encuestados respondieron en un 36% del porcentaje válido que el criterio primordial que se toma en cuenta como parte del fin de la pena es la prevención general; el 29% respondió que es la prevención especial; otro 29% respondió para la no comisión de más delitos; y un 7% respondió que es el mensaje a la sociedad.

9. Ante la novena pregunta planteada, el 53% del porcentaje válido de los encuestados respondió que la carga procesal que afrontan los juzgados penales sumarios de Lima es un impedimento para la aplicación debida de la pena privativa de la libertad, porque no se realiza un verdadero estudio por atender tantos otros casos; el 20% de los encuestados respondió que sí; el 11% de los encuestados respondió que no, porque nunca fue un impedimento; el 9% de los encuestados respondió que no; y el 7% respondió otros a especificar.

10. Ante la décima pregunta planteada, el 53% del porcentaje válido de los encuestados respondió que, ante los casos existentes y los nuevos cambios sociales, la pena privativa de libertad se debe determinar con nuevos jueces y especialistas o secretarios judiciales capacitados en técnicas de interpretación que tengan en cuenta la realidad dinámica y tecnología avanzada, el 38% respondió por el estudio social de la conducta del imputado, esto a través de las pericias e informes; y el 9% respondió otros a especificar.

11. Ante la undécima pregunta planteada, el 84% del porcentaje válido de los encuestados respondió que en algunos casos sí influye la presión de la prensa u opiniones políticas en la determinación de la pena privativa de la libertad; el 13% respondió que no; y el 2% respondió otros a especificar.

### 3.1.3 Obtención a través de encuesta a jueces penales

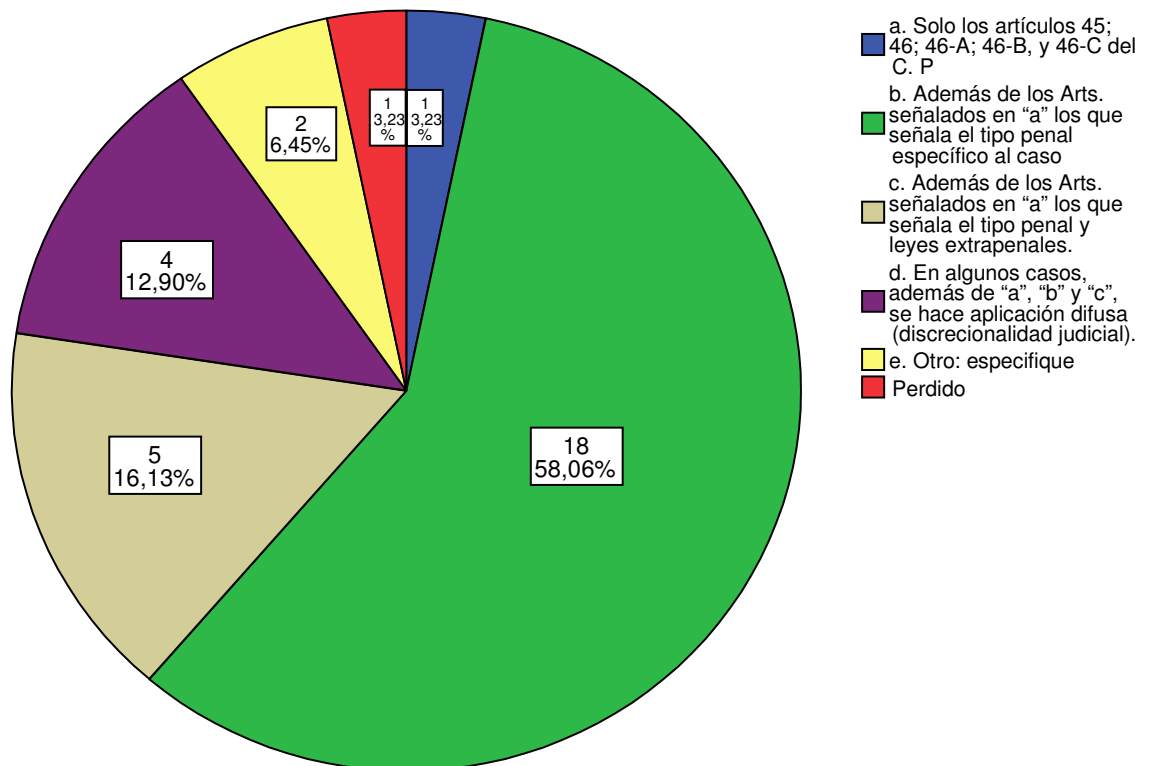
#### 3.1.3.1 Resultados de la encuesta de jueces penales sumarios

**TABLA N.º 1**

1.- Cuáles son los criterios que Ud. considera que se toma en cuenta para la determinación en cuanto a la cantidad (quantum) de la pena privativa de libertad.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Sólo los artículos 45; 46; 46-A; 46-B, y 46-C del C. P	1	3.2	3.3	3.3
	b. Además de los arts. señalados en "a" los que señala el tipo penal específico al caso	18	58.1	60.0	63.3
	c. Además de los arts. señalados en "a" los que señala el tipo penal y leyes extra penales.	5	16.1	16.7	80.0
	d. En algunos casos, además de "a", "b" y "c", se hace aplicación difusa (discrecionalidad judicial).	4	12.9	13.3	93.3
	e. Otro: especifique	2	6.5	6.7	100.0
	Total	30	96.8	100.0	
Perdidos	Sistema	1	3.2		
Total		31	100.0		

**GRÁFICO N.º 1**

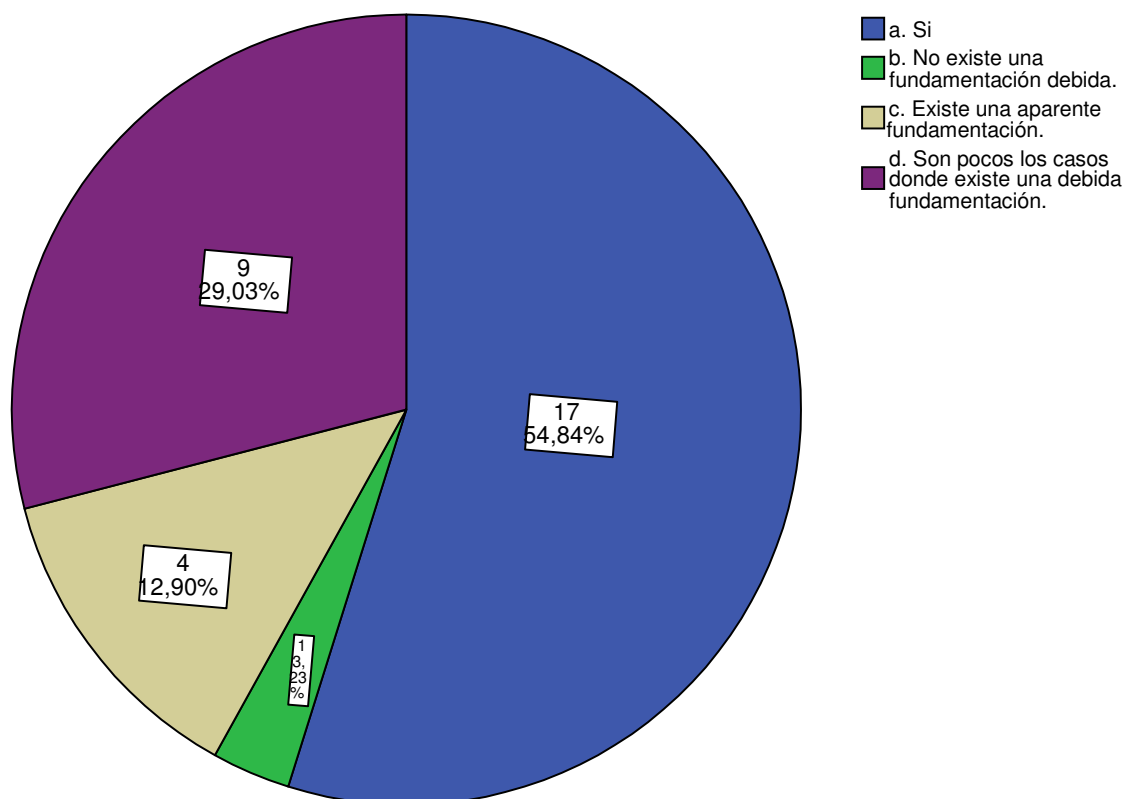


**TABLA N.º 2**

**2.- Considera Ud. que se realiza una debida fundamentación (motivación) de las sentencias condenatorias penales, respecto a la determinación de la pena privativa de libertad.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si	17	54.8	54.8	54.8
	b. No existe una fundamentación debida.	1	3.2	3.2	58.1
	c. Existe una aparente fundamentación.	4	12.9	12.9	71.0
	d. Son pocos los casos donde existe una debida fundamentación.	9	29.0	29.0	100.0
	Total	31	100.0	100.0	

**GRÁFICON.º2**

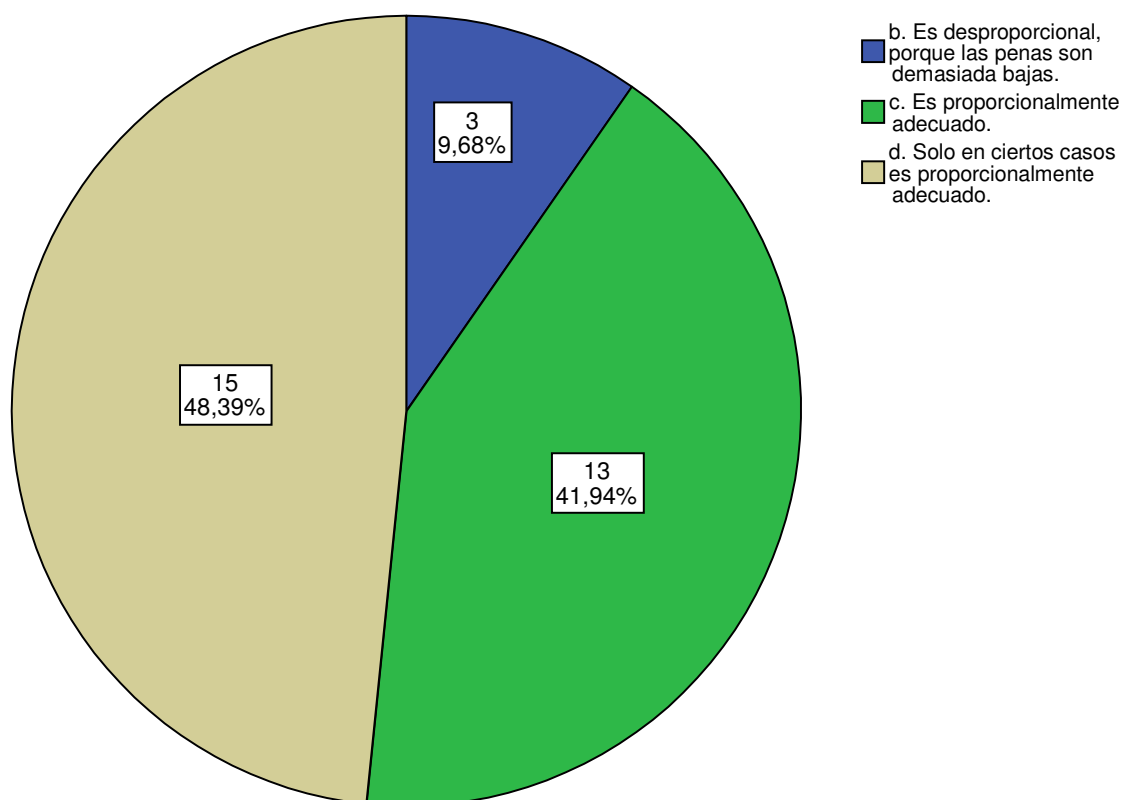


**TABLA N.º 3**

**3.- Según su experiencia y conocimiento, considera Ud. que la determinación de la pena privativa de libertad, ha sido proporcional con la lesión al bien jurídico.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	b. Es desproporcional, porque las penas son demasiada bajas.	3	9.7	9.7	9.7
	c. Es proporcionalmente adecuado.	13	41.9	41.9	51.6
	d. Sólo en ciertos casos es proporcionalmente adecuado.	15	48.4	48.4	100.0
	Total	31	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 3**

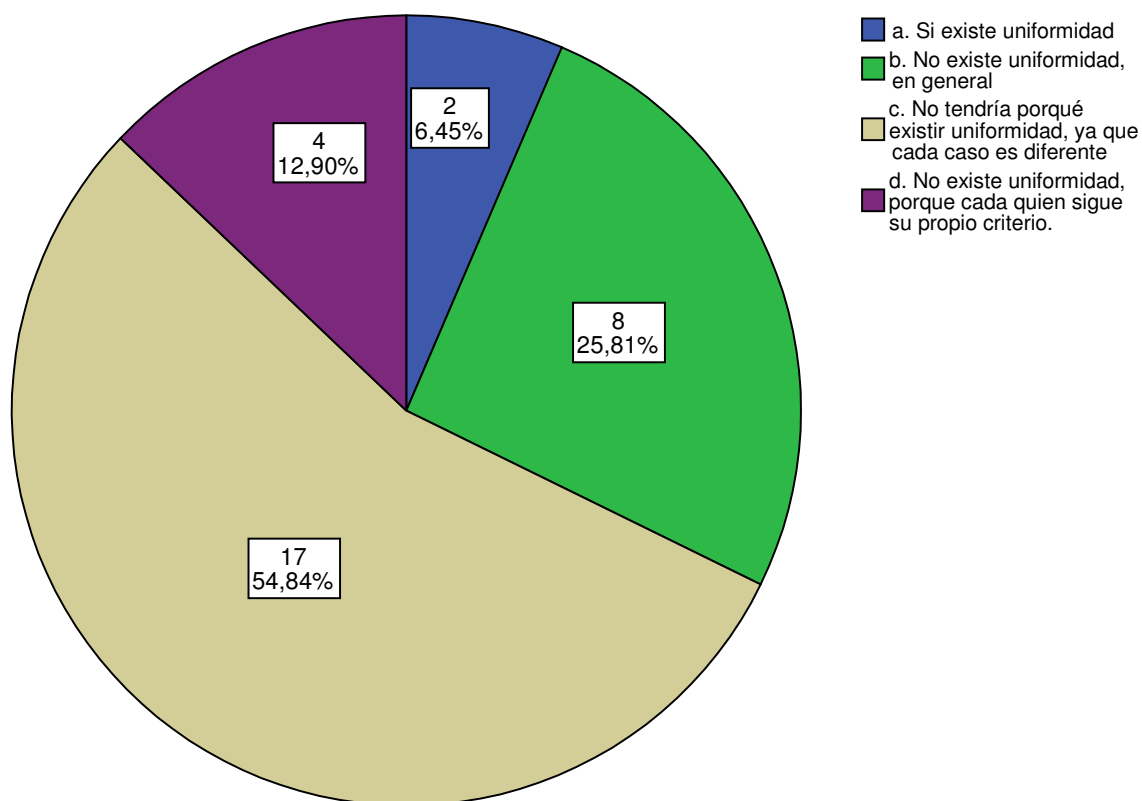


**TABLA N.º 4**

**4.- Según Ud., existe uniformidad en la determinación de las penas privativas de libertad en los juzgados penales sumarios de Lima.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si existe uniformidad	2	6.5	6.5	6.5
	b. No existe uniformidad, en general	8	25.8	25.8	32.3
	c. No tendría porqué existir uniformidad, ya que cada caso es diferente	17	54.8	54.8	87.1
	d. No existe uniformidad, porque cada quien sigue su propio criterio.	4	12.9	12.9	100.0
	Total	31	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 4**



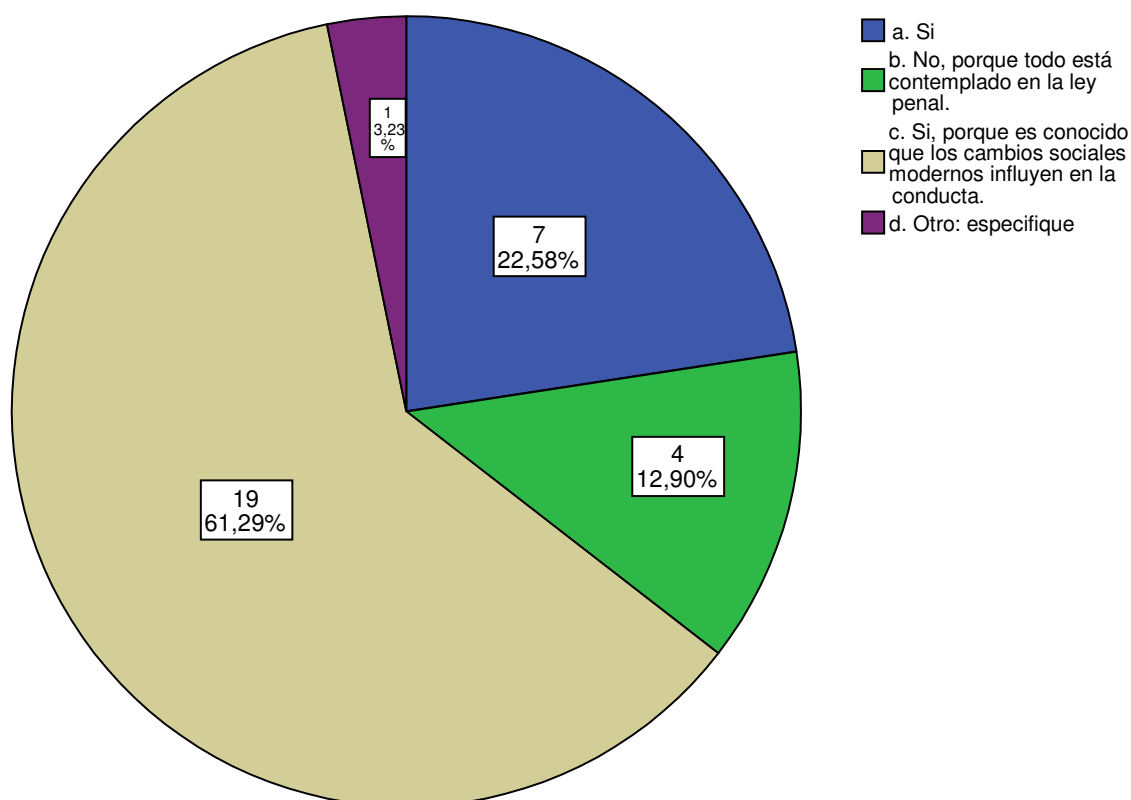


**TABLA N.º 5**

**5.- Ante los nuevos cambios sociales (modernidad), al momento de la determinación de la pena privativa de libertad, ¿se toma en cuenta este cambio social como influencia de la conducta humana?**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos a. Si	7	22.6	22.6	22.6
b. No, porque todo está contemplado en la ley penal.	4	12.9	12.9	35.5
c. Si, porque es conocido que los cambios sociales modernos influyen en la conducta.	19	61.3	61.3	96.8
d. Otro: especifique	1	3.2	3.2	100.0
Total	31	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 5**

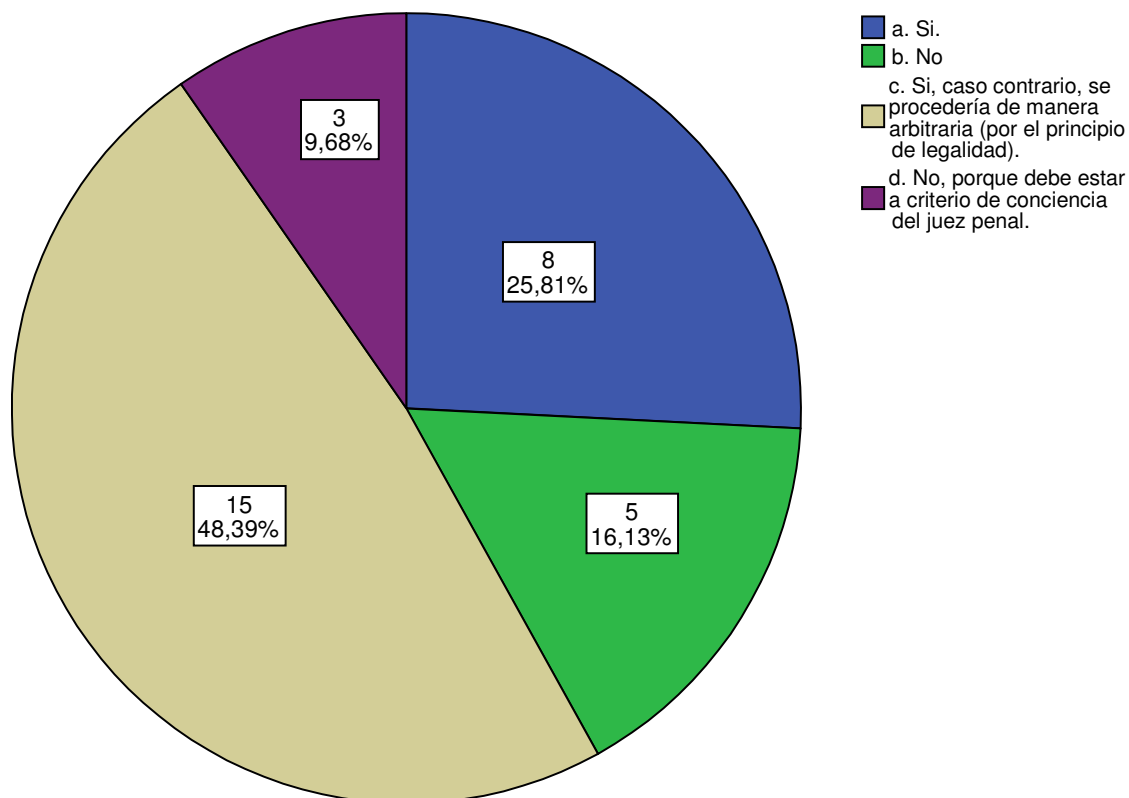


**TABLA N.º 6**

i.- Considera Ud. que la aplicación de la pena privativa de libertad (suspendida y efectiva, así como en su máximo y mínimo) siempre debe estar definida en la ley.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si.	8	25.8	25.8	25.8
	b. No	5	16.1	16.1	41.9
	c. Si, caso contrario, se procedería de manera arbitraria (por el principio de legalidad).	15	48.4	48.4	90.3
	d. No, porque debe estar a criterio de conciencia del juez penal.	3	9.7	9.7	100.0
	Total	31	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 6**

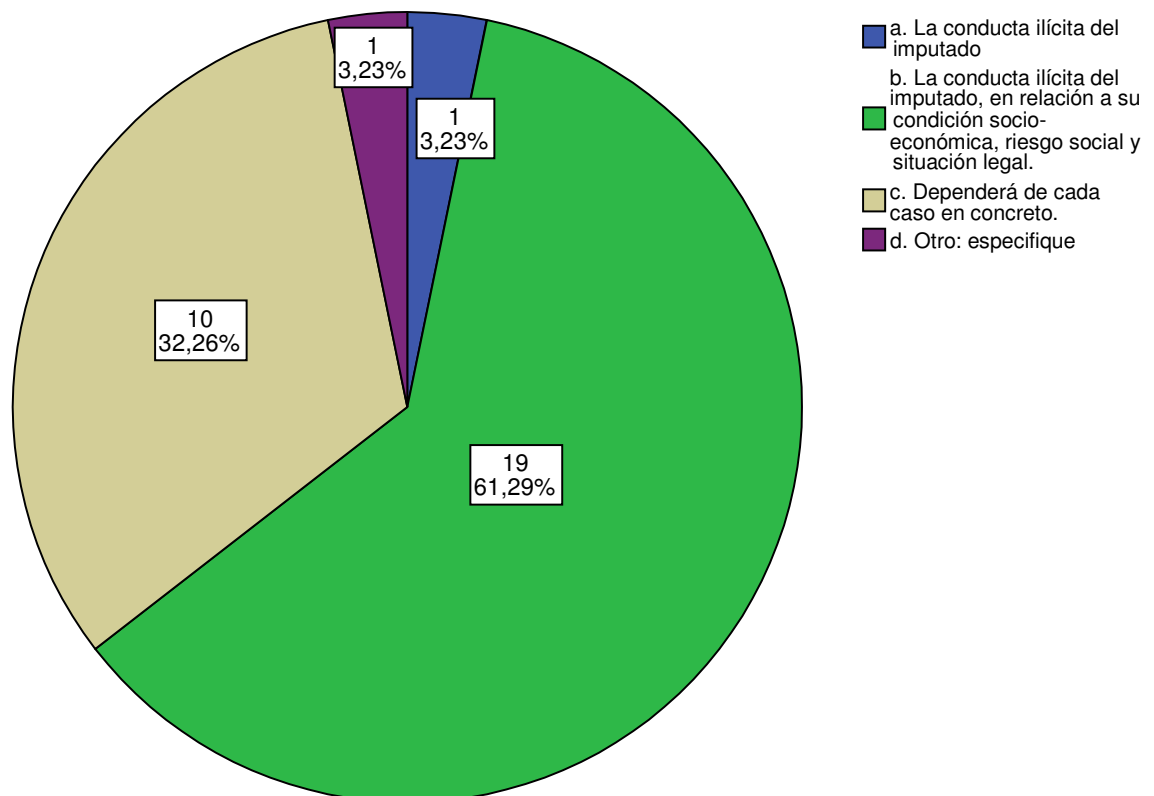


**TABLA N.º 7**

**¿- Qué es lo primordial que se debe tomar en cuenta al momento de la determinación judicial de la pena privativa de libertad.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. La conducta ilícita del imputado	1	3.2	3.2	3.2
	b. La conducta ilícita del imputado, en relación a su condición socio-económica, riesgo social y situación legal.	19	61.3	61.3	64.5
	c. Dependerá de cada caso en concreto.	10	32.3	32.3	96.8
	d. Otro: especifique	1	3.2	3.2	100.0
	Total	31	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 7**

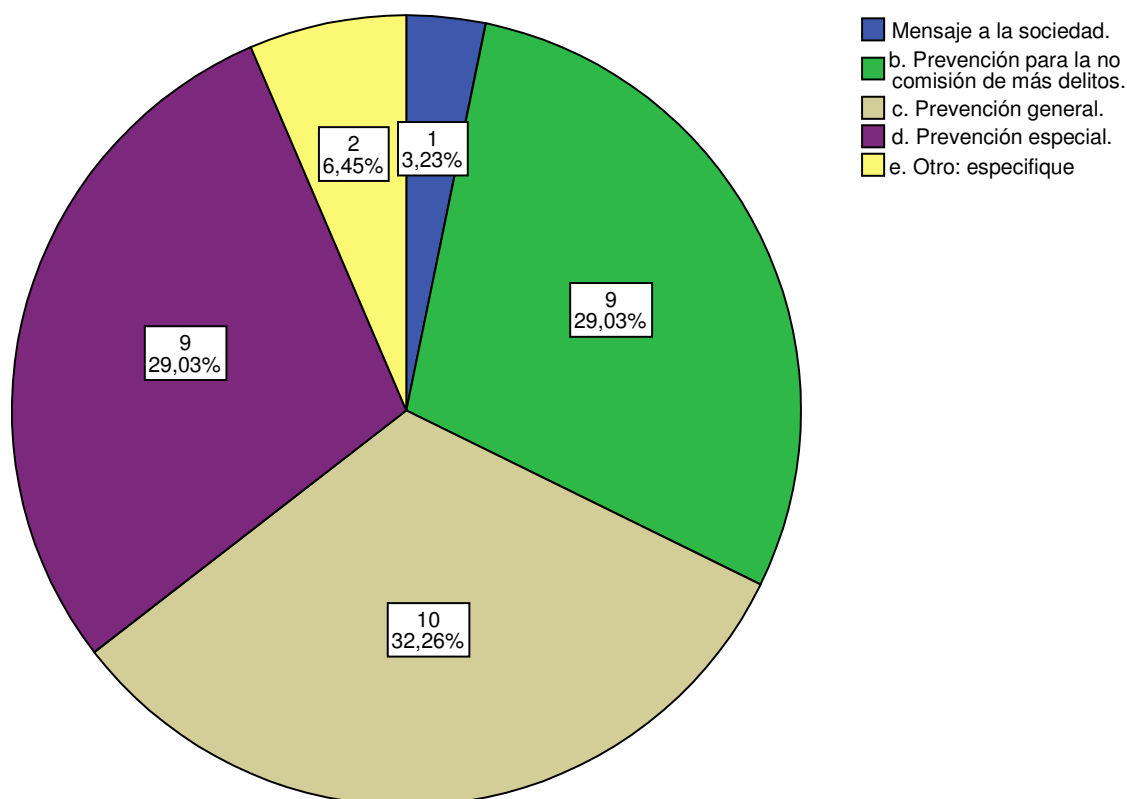


**TABLA N.º 8**

**8.- Para la determinación de la pena privativa de libertad, cuál es el criterio primordial que toma en cuenta como parte del fin de la pena.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	Mensaje a la sociedad.	1	3.2	3.2	3.2
	b. Prevención para la no comisión de más delitos.	9	29.0	29.0	32.3
	c. Prevención general.	10	32.3	32.3	64.5
	d. Prevención especial.	9	29.0	29.0	93.5
	e. Otro: especifique	2	6.5	6.5	100.0
	Total	31	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 8**

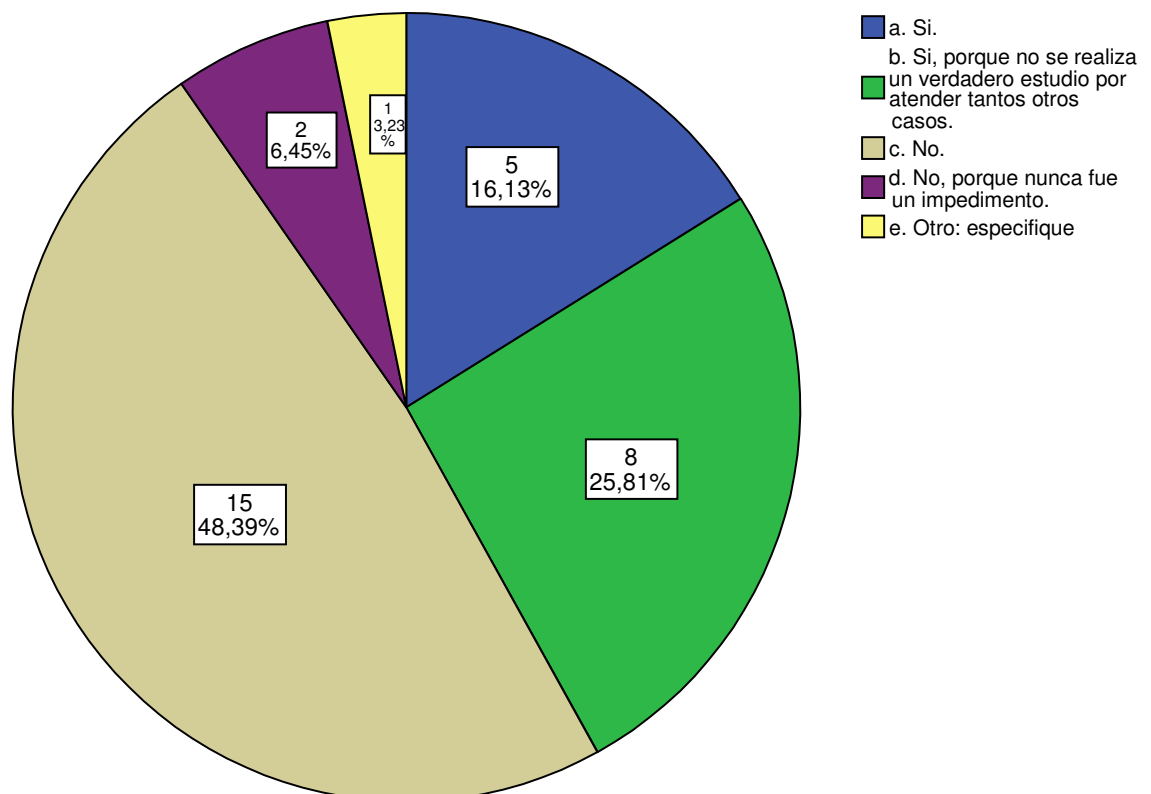


**TABLA N.º 9**

**9.- Cree Ud. que la carga procesal que afrontan los juzgados penales sumarios de Lima sea un impedimento para la aplicación debida de la pena privativa de libertad.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si.	5	16.1	16.1	16.1
	b. Si, porque no se realiza un verdadero estudio por atender tantos otros casos.	8	25.8	25.8	41.9
	c. No.	15	48.4	48.4	90.3
	d. No, porque nunca fue un impedimento.	2	6.5	6.5	96.8
	e. Otro: especifique	1	3.2	3.2	100.0
	Total	31	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 9**

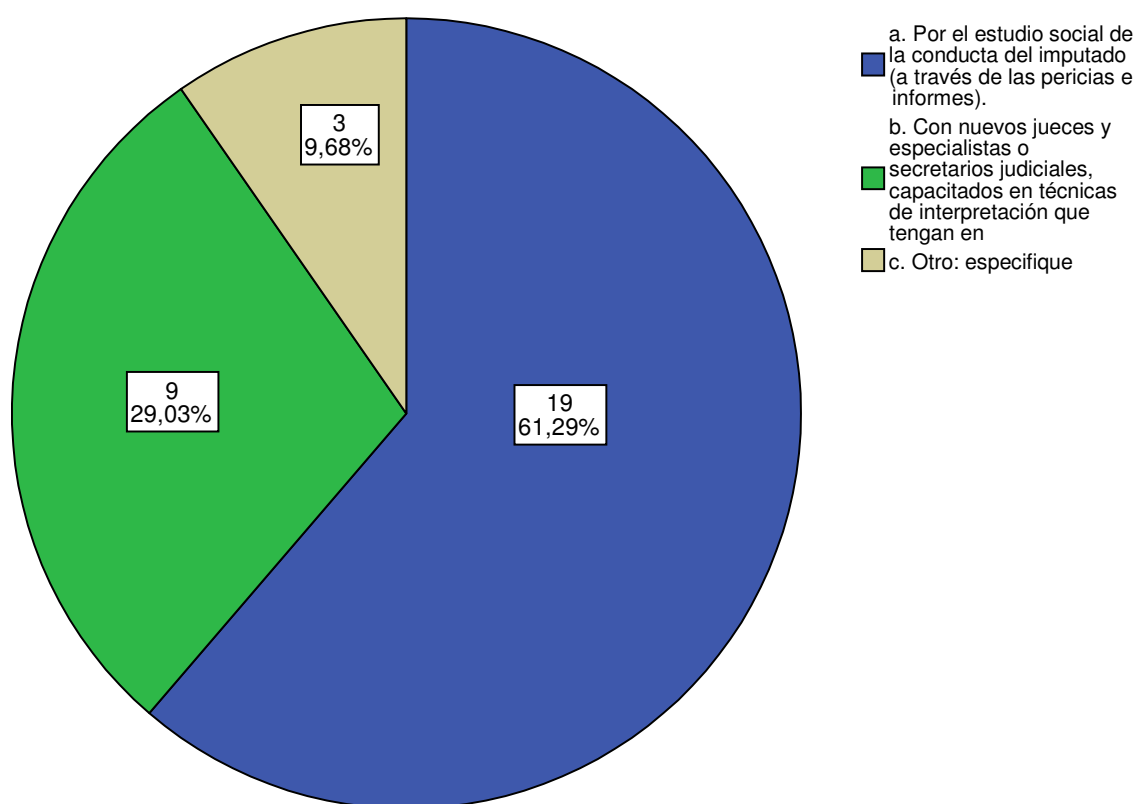


**TABLA N.º 10**

**10.- A su sugerencia, cómo se debe determinar la pena privativa de libertad, ante los casos existentes y los nuevos cambios sociales.**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos a. Por el estudio social de la conducta del imputado (a través de las pericias e informes).	19	61.3	61.3	61.3
b. Con nuevos jueces y especialistas o secretarios judiciales, capacitados en técnicas de interpretación que tengan en	9	29.0	29.0	90.3
c. Otro: especifique	3	9.7	9.7	100.0
Total	31	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 10**

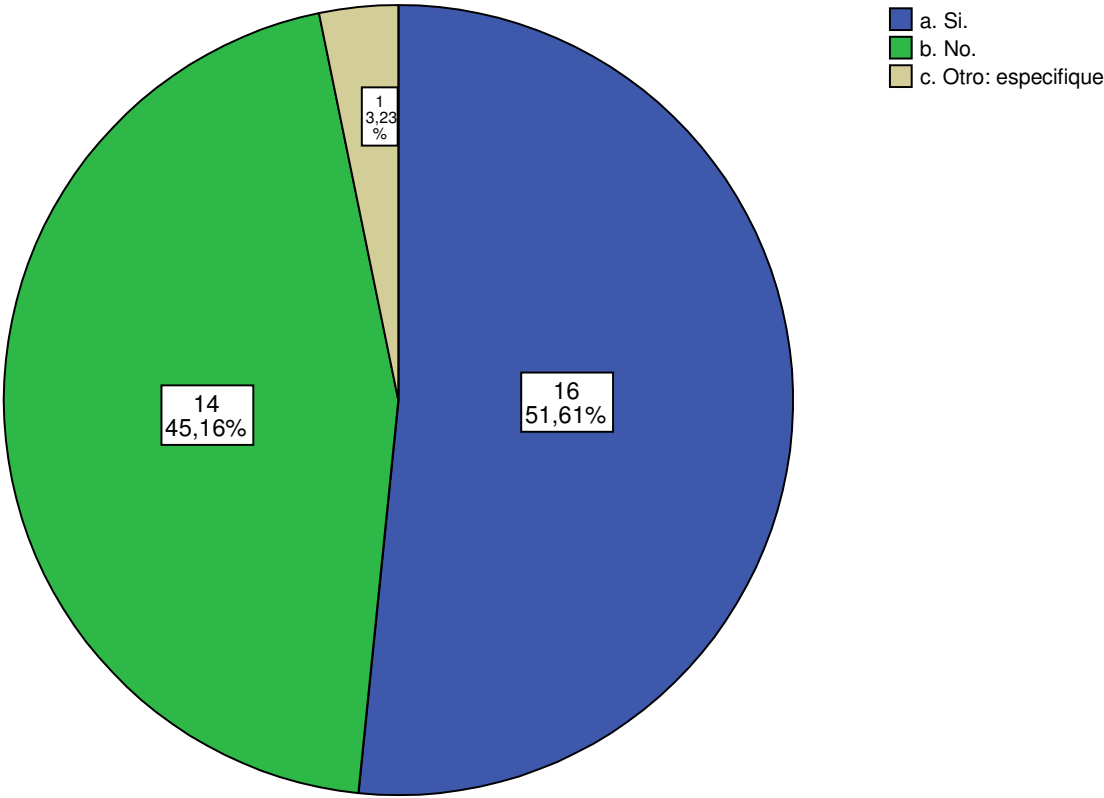


**TABLA N.º 11**

**I.- En algunos casos, influye la presión de la prensa, la población, u opiniones políticas en la determinación de la pena privativa de libertad.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si.	16	51.6	51.6	51.6
	b. No.	14	45.2	45.2	96.8
	c. Otro: especifique	1	3.2	3.2	100.0
	Total	31	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 11**

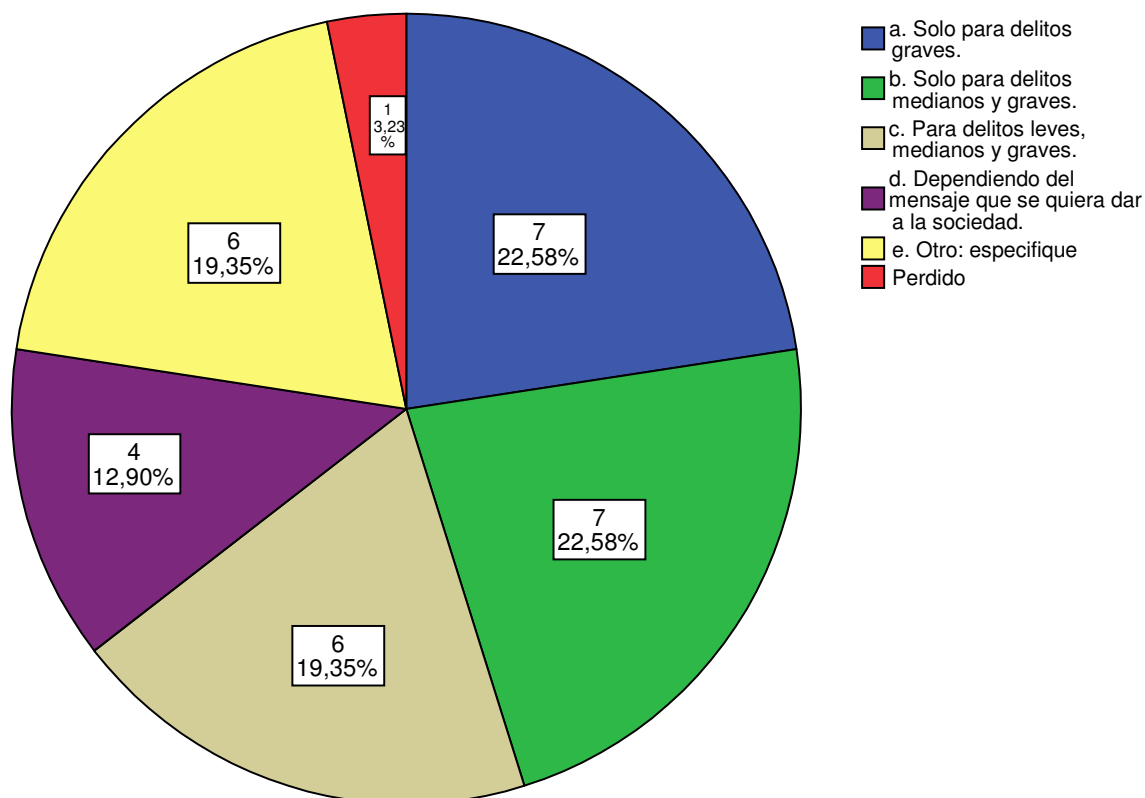


**TABLA N.º 12**

**12.- En qué casos se debe aplicar la pena privativa de libertad.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Sólo para delitos graves.	7	22.6	23.3	23.3
	b. Sólo para delitos medianos y graves.	7	22.6	23.3	46.7
	c. Para delitos leves, medianos y graves.	6	19.4	20.0	66.7
	d. Dependiendo del mensaje que se quiera dar a la sociedad.	4	12.9	13.3	80.0
	e. Otro: especifique	6	19.4	20.0	100.0
	Total	30	96.8	100.0	
Perdidos	Sistema	1	3.2		
Total		31	100.0		

**GRÁFICO N.º 12**



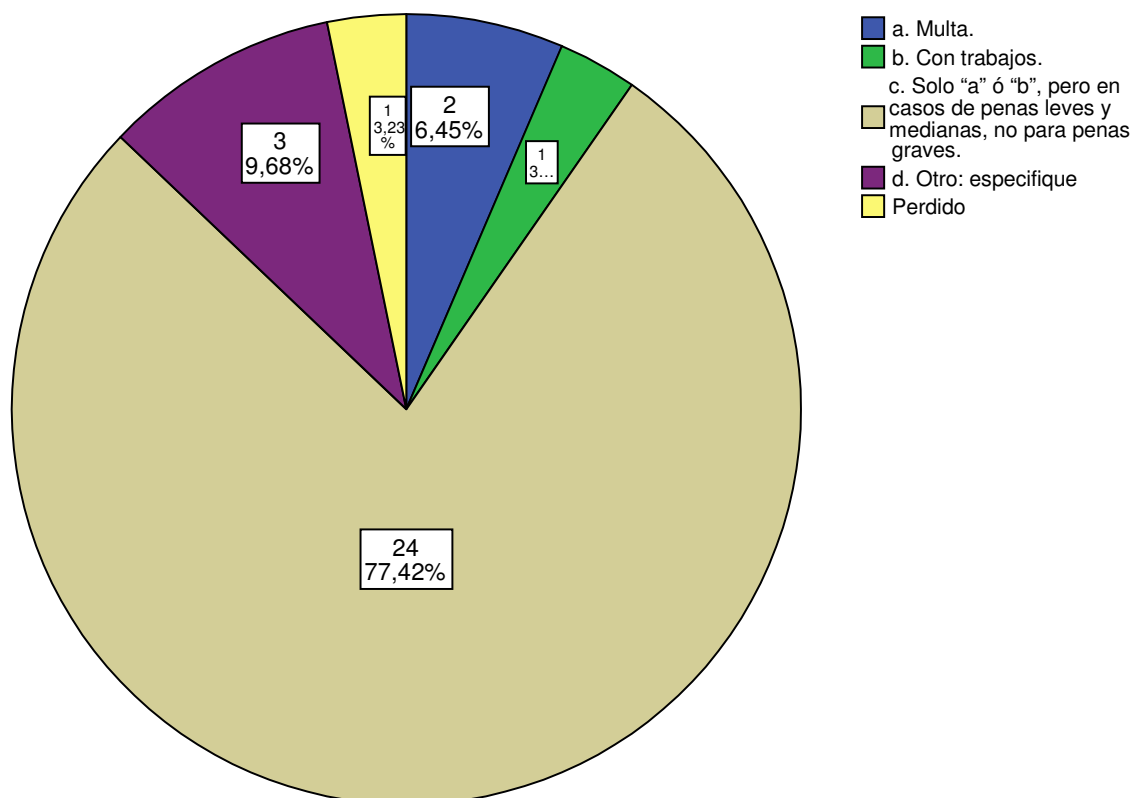


**TABLA N.º 13**

**13.- Qué penas alternativas a la pena privativa de libertad se pueden aplicar en nuestro medio.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Multa.	2	6.5	6.7	6.7
	b. Con trabajos.	1	3.2	3.3	10.0
	c. Sólo "a" ó "b", pero en casos de penas leves y medianas, no para penas graves.	24	77.4	80.0	90.0
	d. Otro: especifique	3	9.7	10.0	100.0
	Total	30	96.8	100.0	
Perdidos	Sistema	1	3.2		
Total		31	100.0		

**GRÁFICO N.º 13**

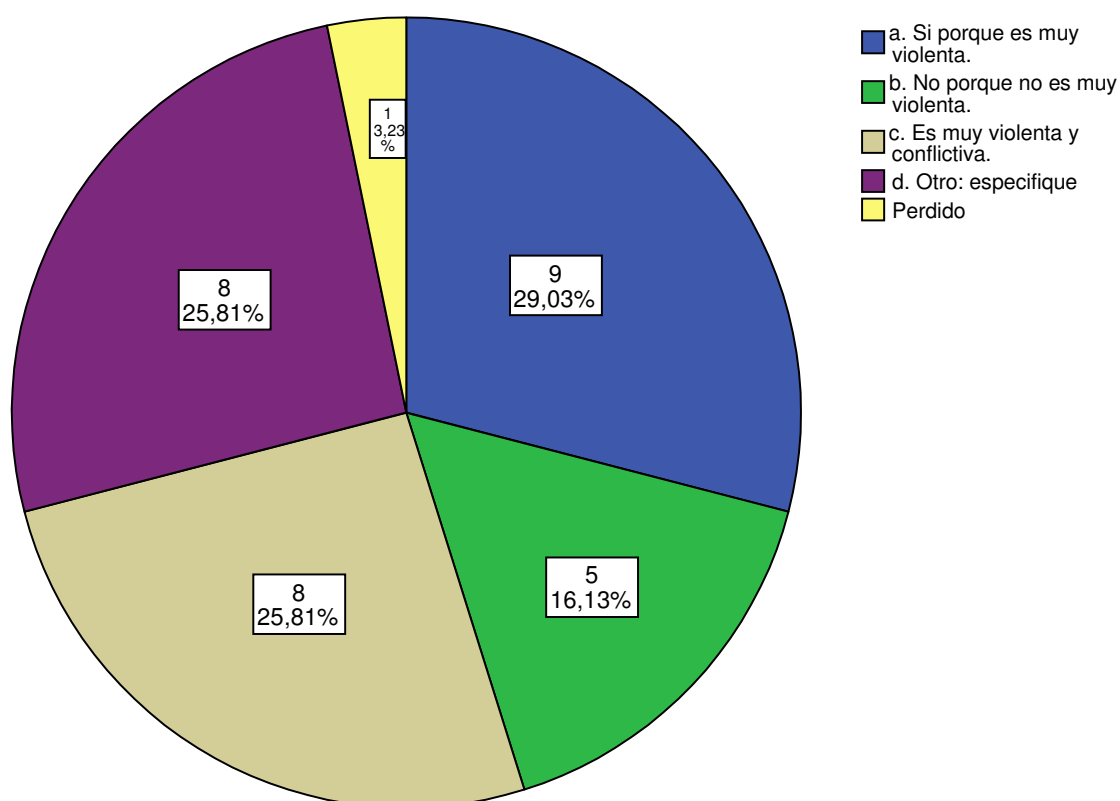


**TABLA N.º 14**

**14.- Considera que nuestra sociedad es muy violenta por lo que debe aplicarse necesaria y efectivamente la pena privativa de libertad.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si porque es muy violenta.	9	29.0	30.0	30.0
	b. No porque no es muy violenta.	5	16.1	16.7	46.7
	c. Es muy violenta y conflictiva.	8	25.8	26.7	73.3
	d. Otro: especifique	8	25.8	26.7	100.0
	Total	30	96.8	100.0	
Perdidos	Sistema	1	3.2		
Total		31	100.0		

**GRÁFICO N.º 14**

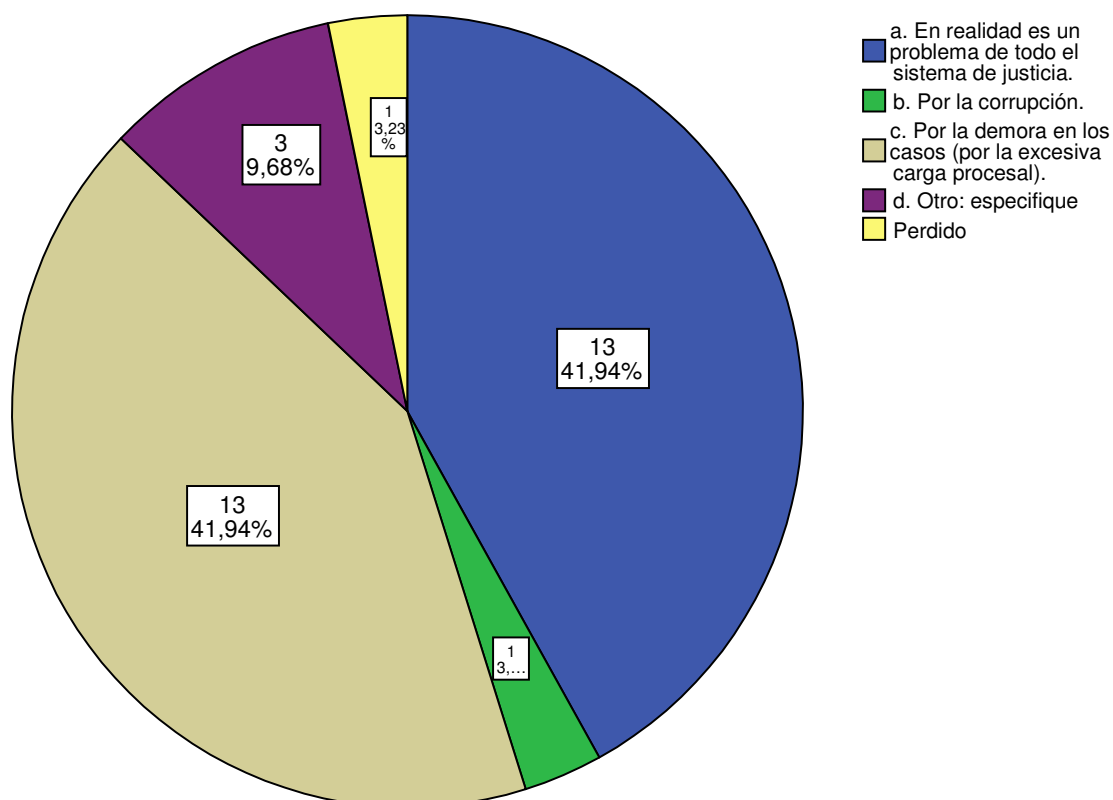


**TABLA N.º 15**

**15.- A su criterio porqué considera que el Poder Judicial tiene poca aprobación de la población.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. En realidad es un problema de todo el sistema de justicia.	13	41.9	43.3	43.3
	b. Por la corrupción.	1	3.2	3.3	46.7
	c. Por la demora en los casos (por la excesiva carga procesal).	13	41.9	43.3	90.0
	d. Otro: especifique	3	9.7	10.0	100.0
	Total	30	96.8	100.0	
Perdidos	Sistema	1	3.2		
Total		31	100.0		

**GRÁFICO N.º 15**

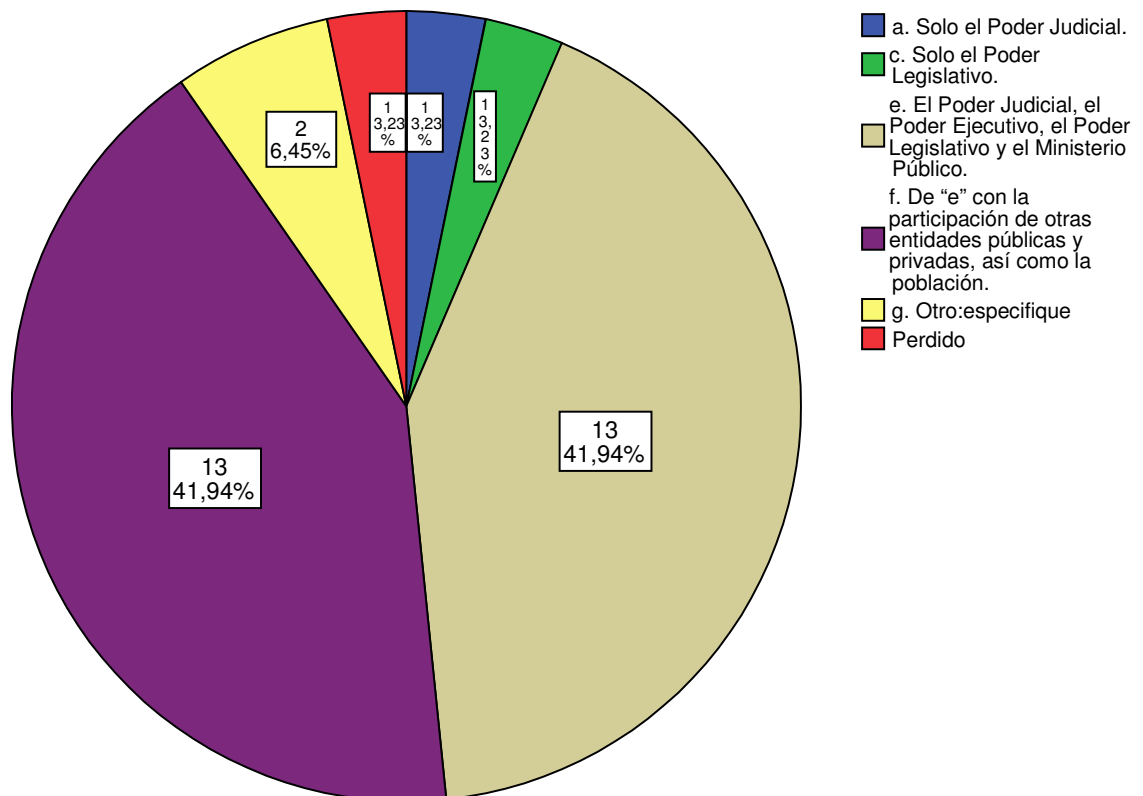


**TABLA N.º 16**

**16.- Para la dación de políticas criminales respecto a la promulgación de leyes penales en cuanto a la existencia de nuevos delitos, o en la disminución o aumento de las penas, quiénes considera que deben participar en las mismas.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Sólo el Poder Judicial.	1	3.2	3.3	3.3
	c. Sólo el Poder Legislativo.	1	3.2	3.3	6.7
	e. El Poder Judicial, el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Ministerio Público.	13	41.9	43.3	50.0
	f. De "e" con la participación de otras entidades públicas y privadas, así como la población.	13	41.9	43.3	93.3
	g. Otro:especifique	2	6.5	6.7	100.0
	Total	30	96.8	100.0	
Perdidos	Sistema	1	3.2		
Total		31	100.0		

**GRÁFICO N.º 16**

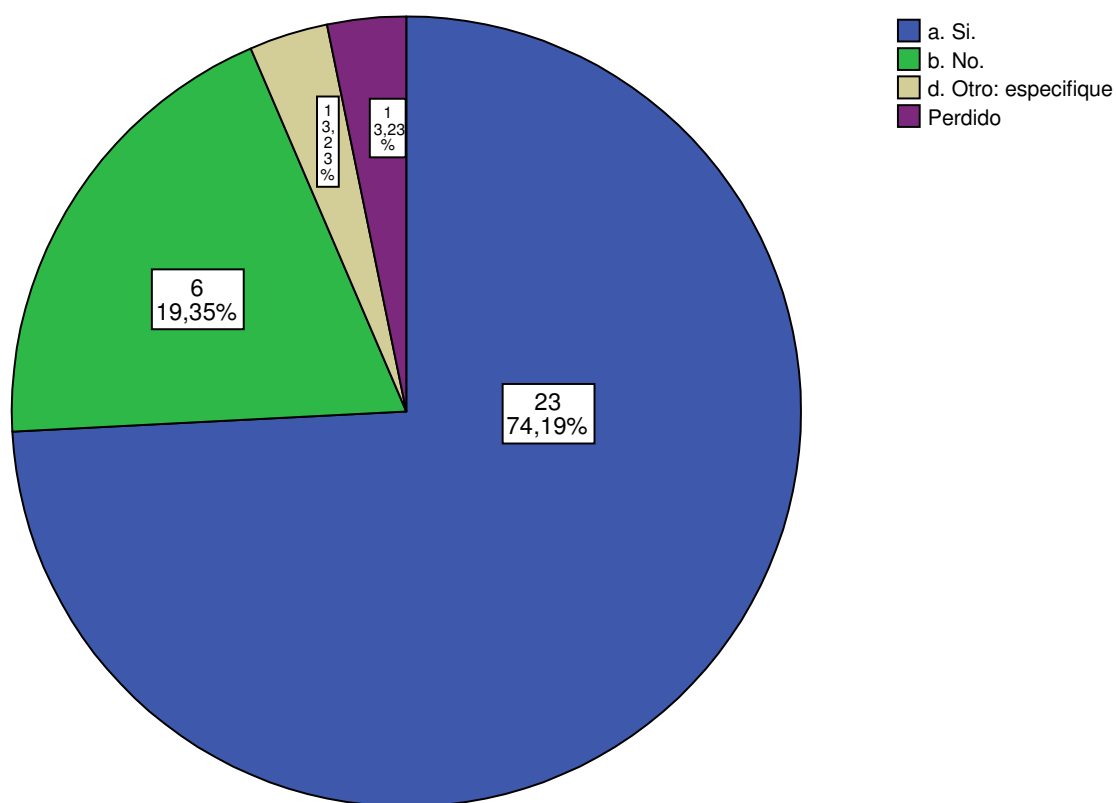


**TABLA N.º 17**

**17.- Considera que el Poder Ejecutivo y/o el Poder Legislativo al momento de la promulgación de leyes penales, sus decisiones sólo responden a aspectos coyunturales (del momento) más no de verdaderas políticas criminales.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si.	23	74.2	76.7	76.7
	b. No.	6	19.4	20.0	96.7
	d. Otro: especifique	1	3.2	3.3	100.0
	Total	30	96.8	100.0	
Perdidos	Sistema	1	3.2		
Total		31	100.0		

**GRÁFICO N.º 17**

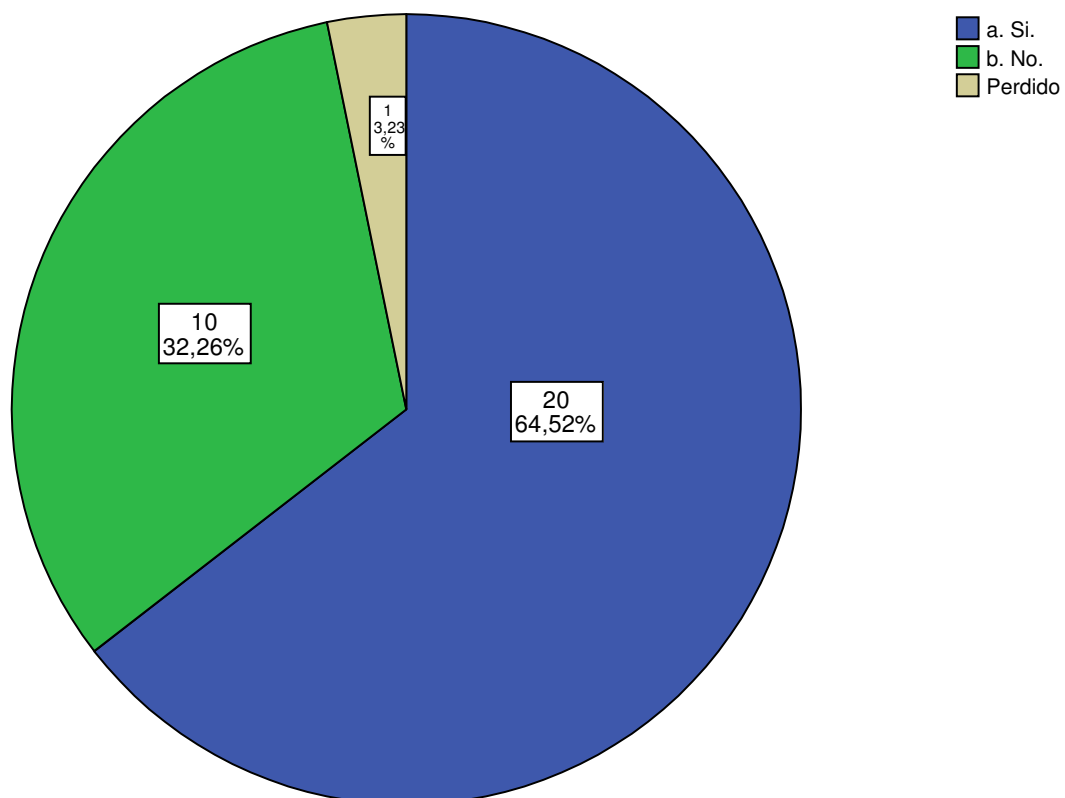


**TABLA N.º 18**

**18.- Considera que el Poder Judicial realmente tiene autonomía e independencia al momento de decidir sus políticas y sobre el juzgamiento de los casos.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si.	20	64.5	66.7	66.7
	b. No.	10	32.3	33.3	100.0
	Total	30	96.8	100.0	
Perdidos	Sistema	1	3.2		
Total		31	100.0		

**GRÁFICO N.º 18**

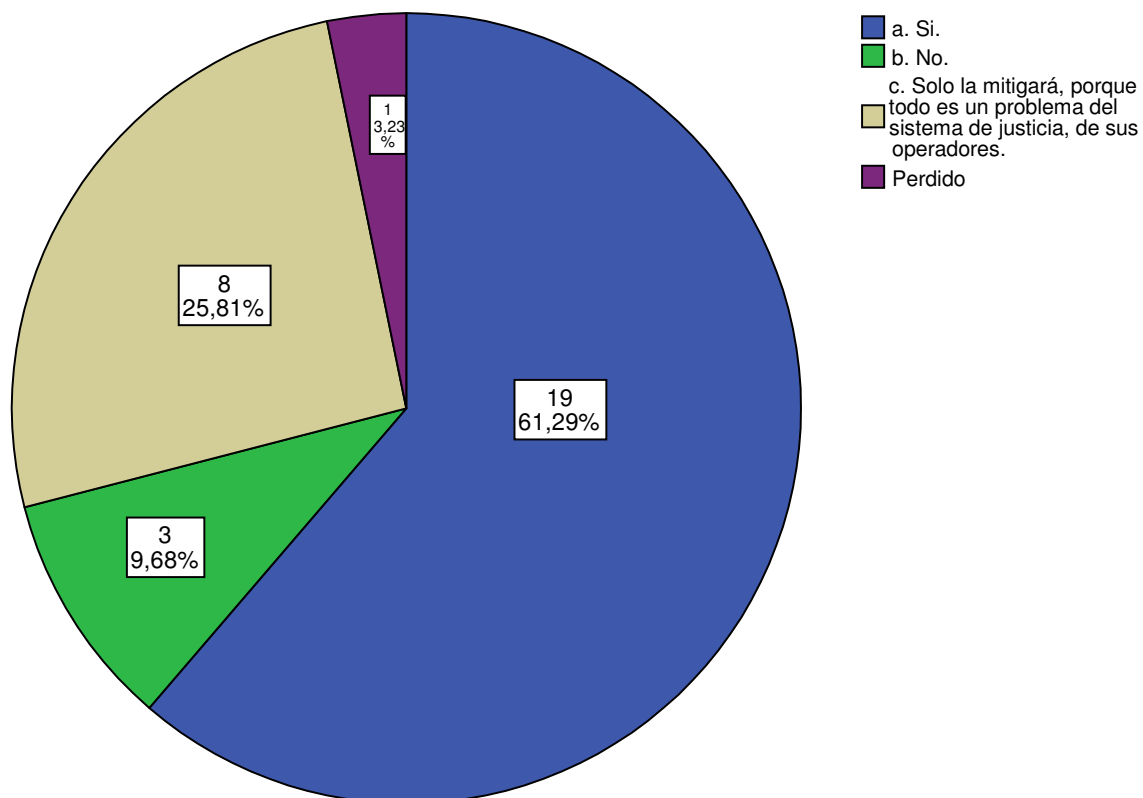


**TABLA N.º 19**

**19.- Cree Ud. que con la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal la situación de la carga procesal y la percepción de la sociedad en el ámbito penal cambiará drásticamente.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si.	19	61.3	63.3	63.3
	b. No.	3	9.7	10.0	73.3
	c. Sólo la mitigará, porque todo es un problema del sistema de justicia, de sus operadores.	8	25.8	26.7	100.0
	Total	30	96.8	100.0	
Perdidos	Sistema	1	3.2		
Total		31	100.0		

**GRÁFICO N.º 19**



### 3.1.3.2 Comentario al resultado de las encuestas obtenidas de jueces penales sumarios

La encuesta se realizó a 31 jueces de los juzgados penales sumarios de Lima, a fin de obtener resultados, sobre todo, respecto de qué criterios se aplican en las sentencias condenatorias en cuanto a la pena privativa de libertad, habiéndose planteado una encuesta de tipo semiabierta. El total de juzgados penales en el Distrito Judicial de Lima es de 57, de los cuales XX (33) son juzgados penales sumarios.

1. Ante la primera pregunta planteada, los jueces penales sumarios respondieron en su gran mayoría, en número de 60%, que aplican además de los criterios señalados en los artículos 45, 46, 46-A 46-B y 46-C, los que señala el tipo penal específico para cada caso, siendo que no se aplican otros criterios. En segundo lugar, el 17% de los jueces señaló que aplica además de los criterios señalados anteriormente, también criterios extrapenales; y, en tercer lugar, el 13% de los jueces señaló que además hacen aplicación difusa, es decir, se basan en criterios discrecionales. En un menor porcentaje, el 3% señaló que solo aplican los criterios de los artículos 45, 46, 46-A 46-B y 46-C; y un 7% indicó la opción otros a especificar

2. En cuanto a la segunda pregunta planteada, los jueces respondieron en un 55% que sí existe una debida fundamentación en las sentencias; un 29% señaló que son pocos los casos donde existe una debida fundamentación, un 13% indicó que existe una aparente fundamentación; un 3% dijo que no existe una fundamentación debida; sin embargo, el 45% al menos duda de la existencia de la debida fundamentación y esto se puede ver con los criterios que toman en cuenta ante el resultado de la primera pregunta. No obstante, habría que ver el resultado de las sentencias en concreto.

3. Ante la tercera pregunta planteada, los jueces respondieron en un 48% que solo en ciertos casos es proporcionalmente adecuado; un 42% de los jueces respondió que es proporcionalmente adecuado; un 10% respondió que es desproporcional, porque las penas son demasiado bajas y; además, se



muestra una frecuencia de 0 (nadie), en cuanto a que es desproporcional, porque las penas son demasiadas altas, de lo que se deduce que las penas no son altas al dárselas, aquello explicaría por qué se desea el incremento de las penas por parte de la sociedad y que los jueces sean más flexibles.

4. Ante la cuarta pregunta planteada, los jueces respondieron en un 55% que no tendría por qué existir uniformidad, ya que cada caso es diferente; un 26% de los encuestados respondió que no existe uniformidad en general; un 13% de los encuestados respondió no existe uniformidad, porque cada quien sigue su propio criterio; y solo un 7% respondió que sí existe uniformidad. De lo que se deduce que no hay uniformidad en un gran porcentaje, porque ambas alternativas, “b” con el 26% y “c” con el 55%, dicen que no, complementariamente.

5. Ante la quinta pregunta planteada, los jueces respondieron en un 61% que ante la determinación de la pena, sí se toma en cuenta el cambio social, porque es conocido que los cambios sociales modernos influyen en la conducta; un 23% de los encuestados respondió que sí se toma en cuenta el cambio social; las que sumadas dan un 84% en las respuestas de los encuestados, lo que indica que para tomar en cuenta el cambio se utilizan los criterios establecidos en la ley (ejemplo: jóvenes inteligentes que practican la delincuencia informática, es decir, la aparición de nuevas conductas); por otro lado, un 13% de los encuestados respondió que no, porque todo está contemplado en la ley penal, con lo que aparentemente se da a entender que en general todos los aspectos están contemplados en la ley y no se requiere recurrir a criterios distintos no contemplados; sin embargo, un 3% de los encuestados respondió otro a especificar.

6. Ante la sexta pregunta planteada, los jueces respondieron en un 48% que la aplicación de la pena siempre debe estar definida en la ley, caso contrario, se procedería de manera arbitraria (por el principio de legalidad); un 26% de los encuestados respondió que la aplicación de la pena siempre debe estar definida en la ley; las que sumadas dan un total mayoritario de 74%, y de eso enfáticamente el 40% señala evitar arbitrariedad; un 16% de los encuestados

respondió que no; y el 10% señaló que no, porque debe estar a criterio de conciencia del juez penal.

7. Ante la séptima pregunta planteada, los jueces respondieron mayoritariamente en un 61% que lo primordial que se debe tomar en cuenta al momento de la determinación judicial de la pena privativa de libertad es la conducta ilícita del imputado, en relación con su condición socioeconómica, riesgo social y situación legal; un 32% de los encuestados respondió que dependerá de cada caso en concreto; un 3% respondió que lo primordial que se debe tomar en cuenta al momento de la determinación judicial de la pena es la condición ilícita del imputado y; por último, un 3% respondió otro a especificar.

8. Ante la octava pregunta planteada, los jueces respondieron en un 32% que el criterio primordial que se toma en cuenta, como parte del fin de la pena en la determinación de la pena privativa de libertad, es la prevención general; un 29% respondió que el criterio primordial es la prevención para la no comisión de más delitos; un 29% respondió que el criterio primordial es la prevención especial; de lo que en general tratan de prevenir y sumadas dan el 90%, cada cual según sus matices, aquí es necesario ver sobre la pena general y la pena especial; un 7% respondió otro a especificar; y solo un 3% respondió que el criterio primordial que se toma en cuenta es el mensaje a la sociedad.

9. Ante la novena pregunta planteada, los jueces respondieron en un 48% que la carga procesal que afrontan los juzgados penales sumarios de Lima no es un impedimento para la aplicación debida de la pena privativa de libertad; un 7% respondió que no, porque nunca fue un impedimento; lo que suma un total de 55%, es decir, que no, por eso se refleja que su aplicación debida no es un problema, sino la motivación de ello que si afectaría a la carga, quedando en la conciencia del juez que si hay una debida aplicación; por otro lado, el 26% respondió que sí, porque no se realiza un verdadero estudio por atender tantos otros casos; un 16% respondió que sí; lo que sumado da un total del 42% que señala que sí es un problema.

10. Ante la décima pregunta planteada, los jueces respondieron en un 61% que, a su sugerencia, la pena privativa de libertad se debe determinar ante los casos existentes y los nuevos cambios sociales por el estudio social de la conducta del imputado (a través de pericias e informes); un 29% de los jueces encuestados señaló que la pena privativa de libertad se debe determinar con jueces y especialistas o secretarios judiciales, capacitados en técnicas de interpretación, es decir, que los jueces y otros están preparados, por eso es que laboran allí; para la pregunta se respondió mayoritariamente con un 61% la alternativa “a” y con un 29% la alternativa “b”, de lo que se entiende que los jueces y otros están preparados, con lo que se puede interpretar que se necesita capacitación continua, porque en algunos casos se señala que existe carga procesal que afrontar; por último, un 10% respondió otros a especificar.

11. Ante la undécima pregunta planteada, los jueces respondieron en un 52% que, en algunos casos, sí influye la presión de la prensa, la población u opiniones políticas en la determinación de la pena privativa de libertad, lo que es preocupante en cuanto a los medios de comunicación y otros; un 45% señala que no; y un 3% respondió otro a especificar. Aunque la respuesta está dividida, no es categórica.

12. Ante la duodécima pregunta planteada, los jueces respondieron en un 23% que la pena privativa de libertad se debe aplicar solo para delitos graves; otro 23% respondió que la pena privativa de libertad se debe aplicar solo para delitos medianos y graves; un 20% respondió que solo se debe aplicar para delitos leves, medianos y graves; un 13% respondió que depende del mensaje que se quiera dar a la sociedad; y otro 20% respondió otro a especificar. Entonces, queda claro que sí se debe aplicar la pena privativa de libertad para el caso de delitos graves, y para el de delitos medianos habrá que verse.

13. Ante la trigésima pregunta planteada, los jueces respondieron en un 80% que las penas alternativas a la pena privativa de libertad que se pueden aplicar en nuestro medio son la multa y los trabajos, pero en casos de penas leves y medianas, no para penas graves; un 7% respondió que debe aplicarse la multa; un 3% respondió que debe aplicarse el trabajo; y un 10% otro a especificar.

14. Ante la cuadragésima pregunta planteada, los jueces respondieron en un 30% que debido a que nuestra sociedad es muy violenta debe aplicarse necesaria y efectivamente la pena privativa de libertad; un 27% respondió que debido a que nuestra sociedad es muy violenta y conflictiva debe aplicarse necesaria y efectivamente la pena privativa de libertad; otro 27% respondió otro a especificar; y un 17% respondió que no se debe aplicar la pena privativa de libertad, porque nuestra sociedad no es muy violenta. De los encuestados, un total de 57% respondió refiriéndose a penas efectivas.

15. Ante la quincuagésima pregunta planteada, los jueces respondieron en un 43% que la razón por la que el Poder Judicial tiene poca aprobación de la población es porque, en realidad, es un problema de todo el sistema de justicia; otro 43% respondió que es por la demora en los casos (por la excesiva carga procesal); un 3% respondió que es por la corrupción; y un 10% respondió otro a especificar.

16. Ante la sexagésima pregunta planteada, los jueces respondieron en un 43% que para la dación de políticas criminales respecto de la promulgación de leyes penales en tanto la existencia de nuevos delitos, o en la disminución o aumento de las penas, los que deben participar son el Poder Judicial, el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Ministerio Público; otro 43% respondió que los que deben participar, además de los Poderes Judicial, Ejecutivo, Legislativo y Ministerio Público, son otras entidades públicas y privadas, así como la población; un 3% afirmó que solo debe participar el Poder Judicial; otro 3% que solo el Poder Legislativo; y un 7% respondió otro a especificar. Aquello muestra un total del 86% a favor de que participen todos.

17. Ante la septuagésima pregunta planteada, los jueces respondieron en un 77% que sí, en cuanto a que el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo, al momento de la promulgación de leyes penales, sus decisiones solo responden a aspectos coyunturales (del momento), pero no de verdaderas políticas criminales; un 20% respondió que no; y un 3% respondió otro a especificar.

18. Ante la octogésima pregunta planteada, los jueces respondieron en un 67% que sí, en cuanto a que el Poder Judicial realmente tiene autonomía e independencia al momento de decidir sus políticas y sobre el juzgamiento de los casos; un 33% respondió que no.

19. Ante la nonagésima pregunta planteada, los jueces respondieron en un 63% que sí, en cuanto a que ante la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal, la situación de la carga procesal y la percepción de la sociedad en el ámbito penal cambiará drásticamente; un 27% respondió que solo la mitigará, porque todo es un problema del sistema de justicia, de sus operadores; y un 10% respondió que no. Aquello significa que hay confianza de que la situación cambie con el nuevo modelo.

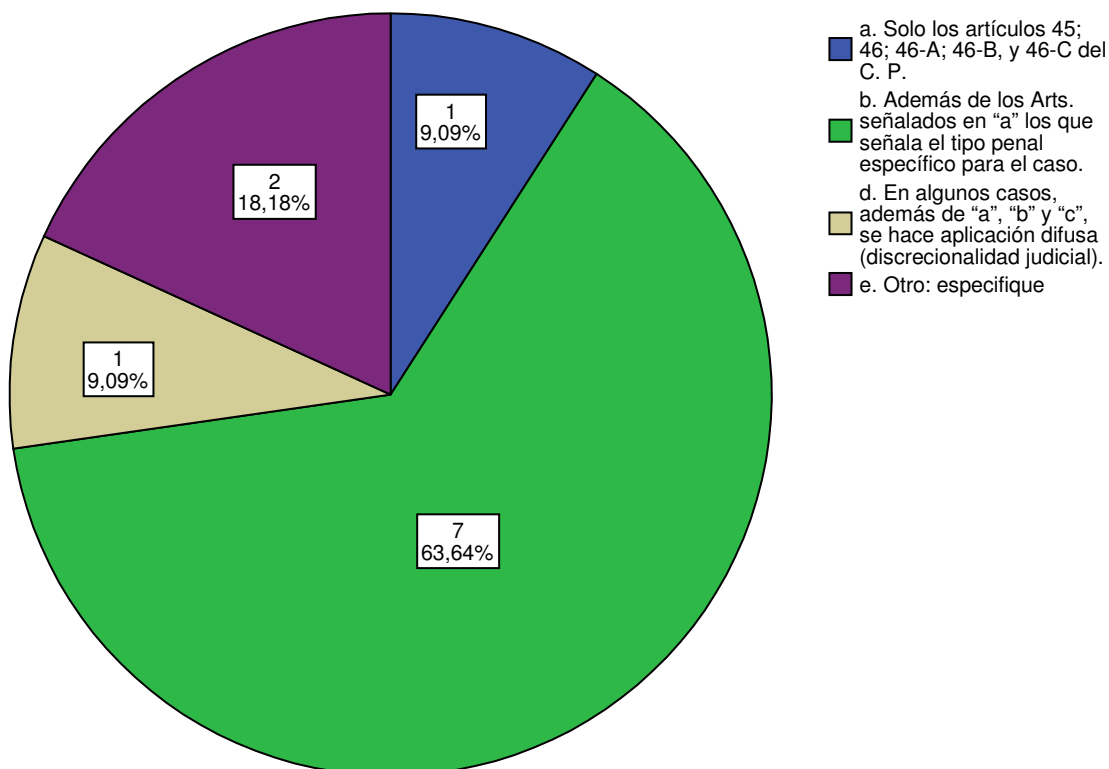
### 3.1.3.3 Resultados de la encuesta de jueces penales ordinarios

**TABLA N.º 1**

**1. Cuáles son los criterios que Ud. toma en cuenta para la determinación en cuanto a la cantidad (quantum) de la pena privativa de libertad.**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos a. Sólo los artículos 45; 46; 46-A; 46-B, y 46-C del C. P.	1	9.1	9.1	9.1
b. Además de los arts. señalados en "a" los que señala el tipo penal específico para el caso.	7	63.6	63.6	72.7
d. En algunos casos, además de "a", "b" y "c", se hace aplicación difusa (discrecionalidad judicial).	1	9.1	9.1	81.8
e. Otro: especifique	2	18.2	18.2	100.0
Total	11	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 1**

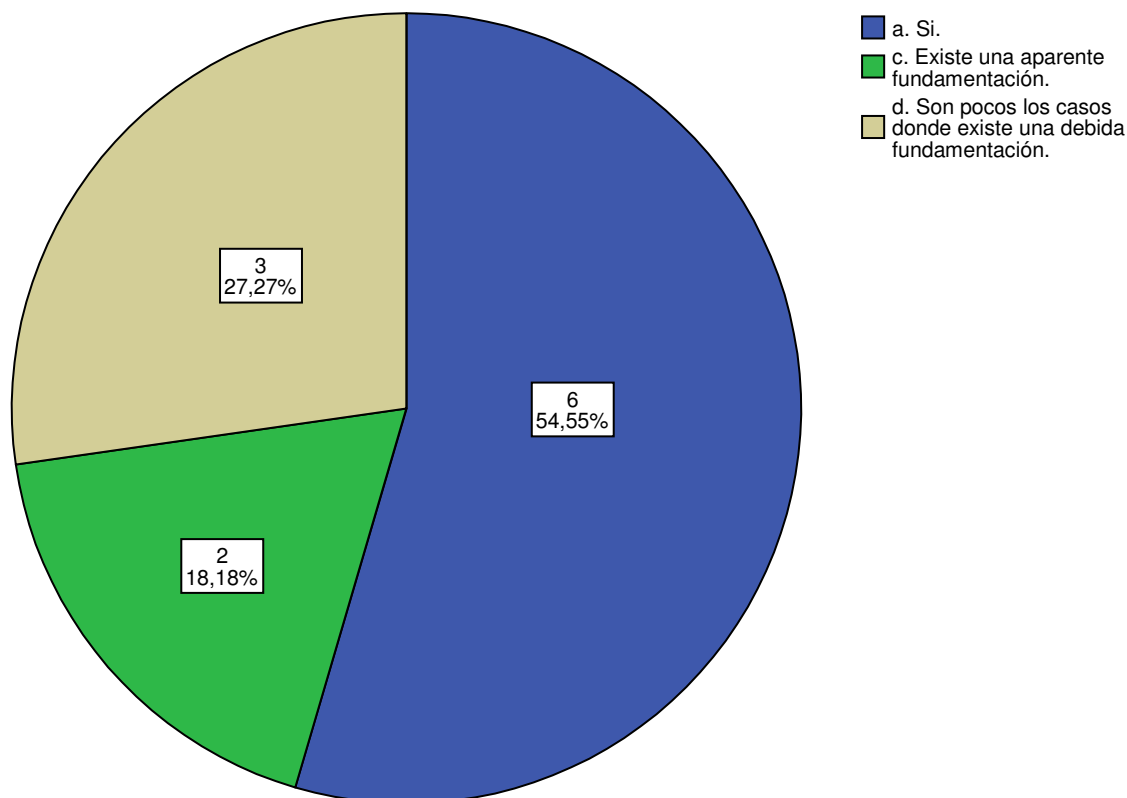


**TABLA N° 2**

**2. Considera Ud. que se realiza una debida fundamentación (motivación) de las sentencias condenatorias penales, respecto a la determinación de la pena privativa de libertad.**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos a. Si.	6	54.5	54.5	54.5
c. Existe una aparente fundamentación.	2	18.2	18.2	72.7
d. Son pocos los casos donde existe una debida fundamentación.	3	27.3	27.3	100.0
Total	11	100.0	100.0	

**GRÁFICO N° 2**

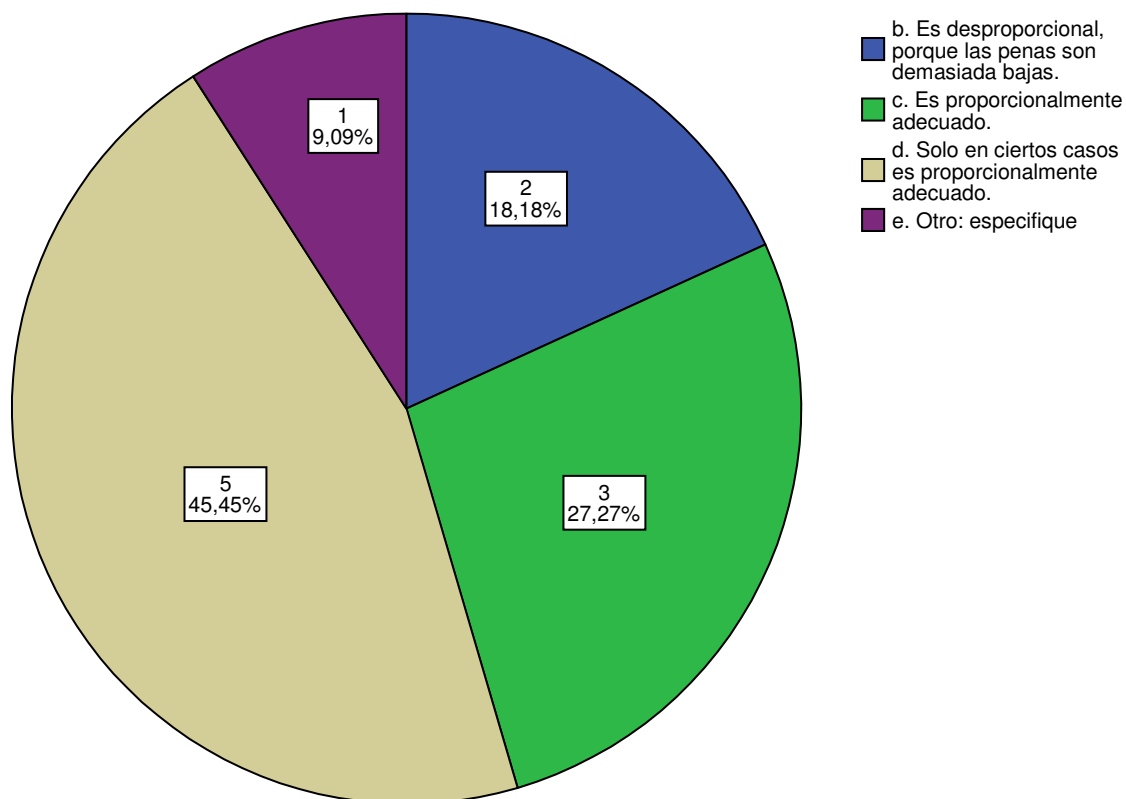


**TABLA N° 3**

**3. Según su experiencia y conocimiento, considera Ud. que la determinación de la pena privativa de libertad, se han dado en proporción a la lesión del bien jurídico.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	b. Es desproporcional, porque las penas son demasiada bajas.	2	18.2	18.2	18.2
	c. Es proporcionalmente adecuado.	3	27.3	27.3	45.5
	d. Sólo en ciertos casos es proporcionalmente adecuado.	5	45.5	45.5	90.9
	e. Otro: especifique	1	9.1	9.1	100.0
	Total	11	100.0	100.0	

**GRÁFICO N° 3**



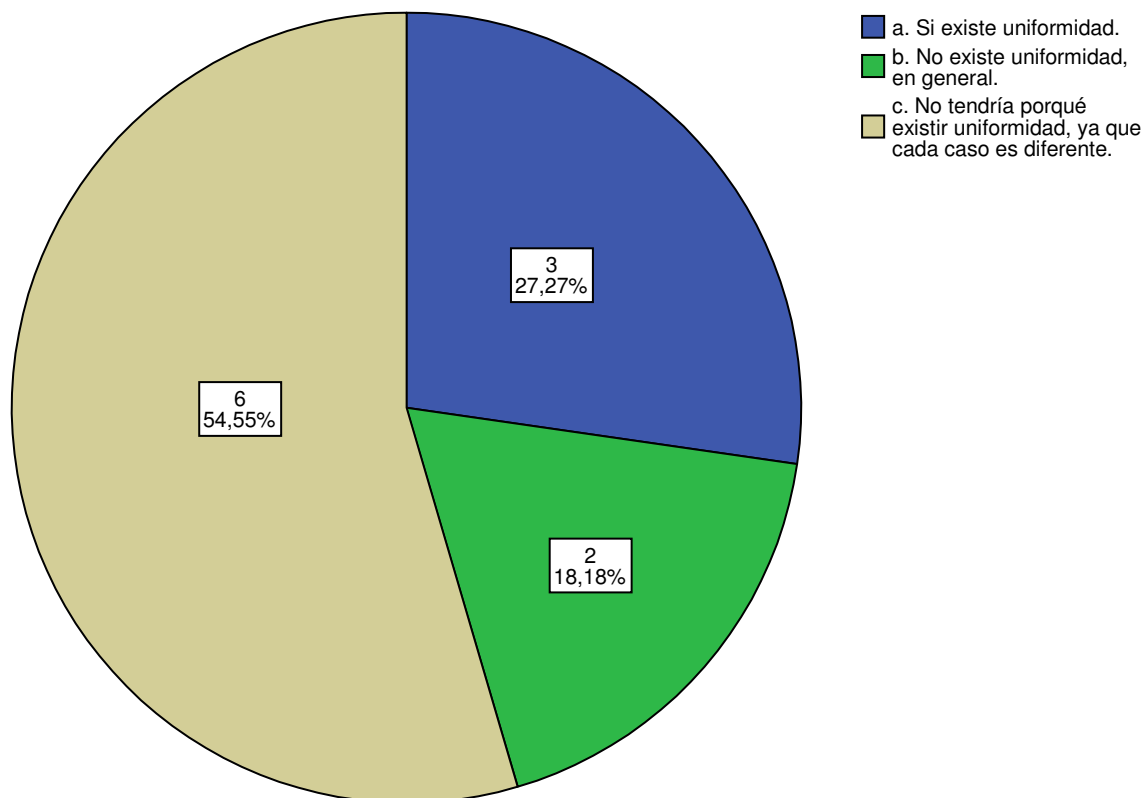


**TABLA N° 4**

**. Según Ud., existe uniformidad en la determinación de las penas privativas de libertad en los juzgados penales ordinarios de Lima.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si existe uniformidad.	3	27.3	27.3	27.3
	b. No existe uniformidad, en general.	2	18.2	18.2	45.5
	c. No tendría porqué existir uniformidad, ya que cada caso es diferente.	6	54.5	54.5	100.0
	Total	11	100.0	100.0	

**GRÁFICO N° 4**

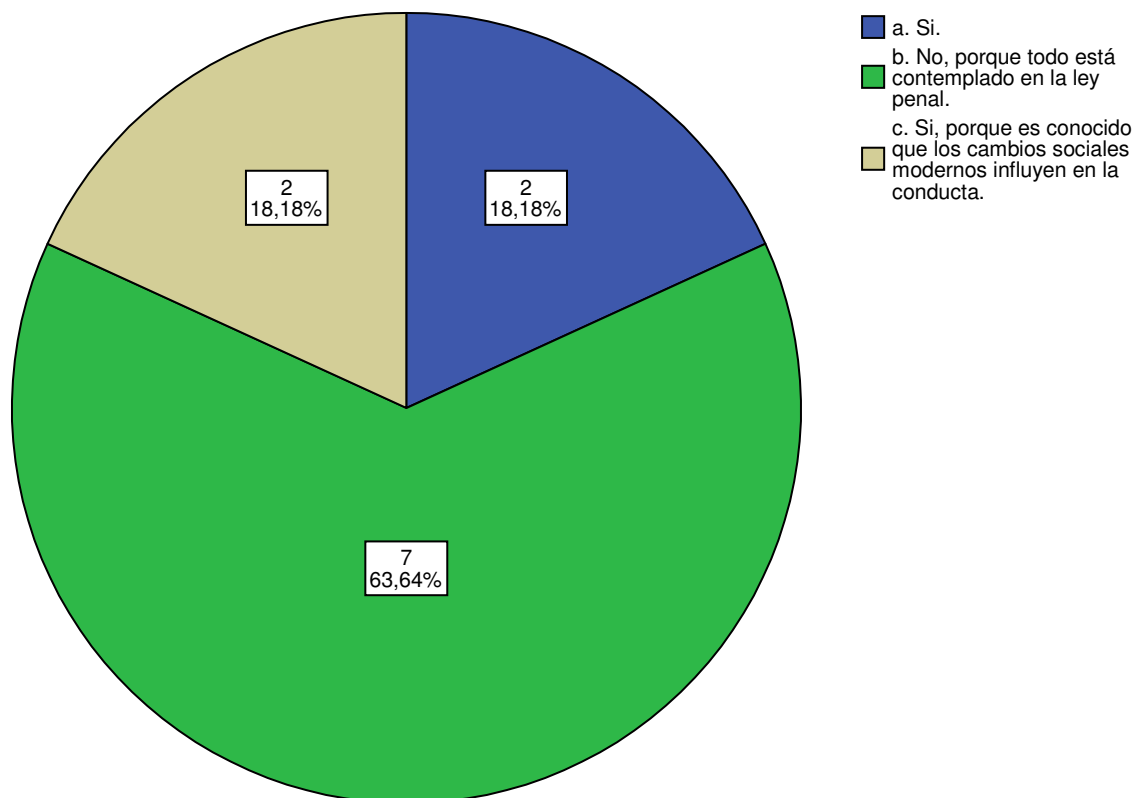


**TABLA N° 5**

**1. Ante los nuevos cambios sociales (modernidad), al momento de la determinación de la pena privativa de libertad, ¿se toma en cuenta este cambio social como influencia de la conducta humana?.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si.	2	18.2	18.2	18.2
	b. No, porque todo está contemplado en la ley penal.	7	63.6	63.6	81.8
	c. Si, porque es conocido que los cambios sociales modernos influyen en la conducta.	2	18.2	18.2	100.0
	Total	11	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.° 5**

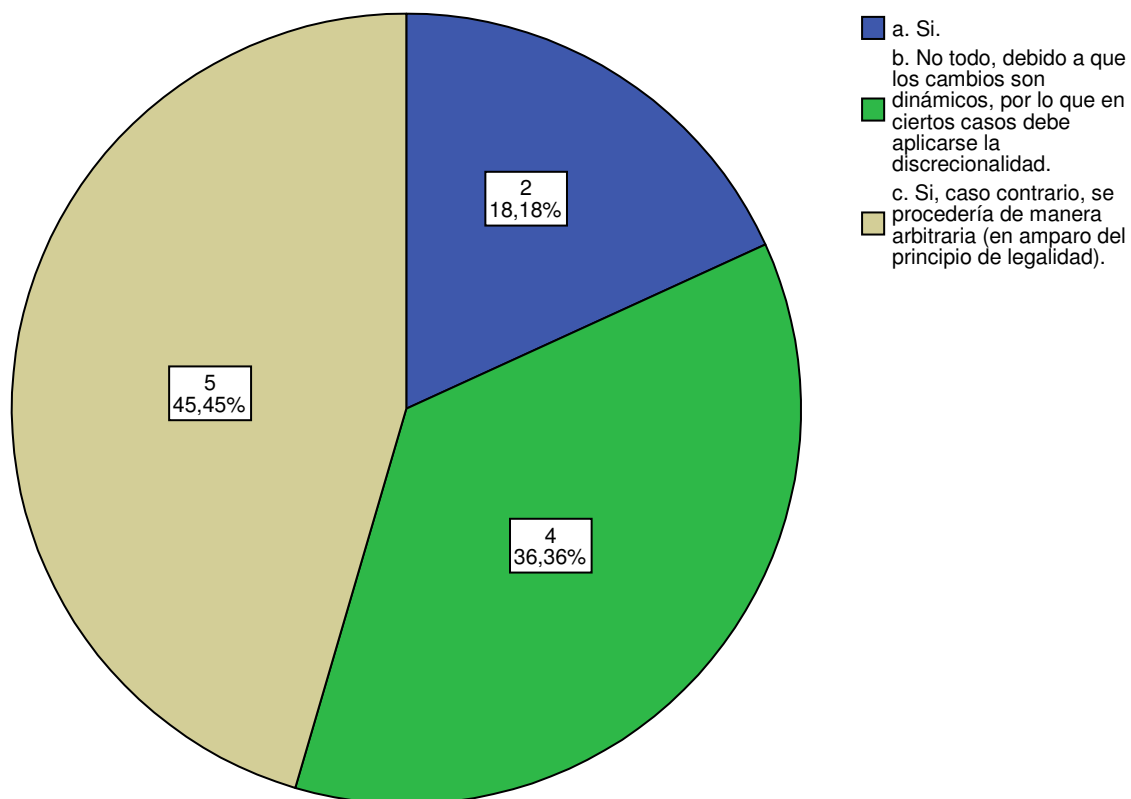


**TABLA N.º 6**

**3. Considera Ud. que la aplicación de la pena privativa de libertad (suspendida y efectiva, así como en su mínimo y máximo) siempre debe estar definida en la ley.**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos a. Si.	2	18.2	18.2	18.2
b. No todo, debido a que los cambios son dinámicos, por lo que en ciertos casos debe aplicarse la discrecionalidad.	4	36.4	36.4	54.5
c. Si, caso contrario, se procedería de manera arbitraria (en amparo del principio de legalidad).	5	45.5	45.5	100.0
Total	11	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 6**

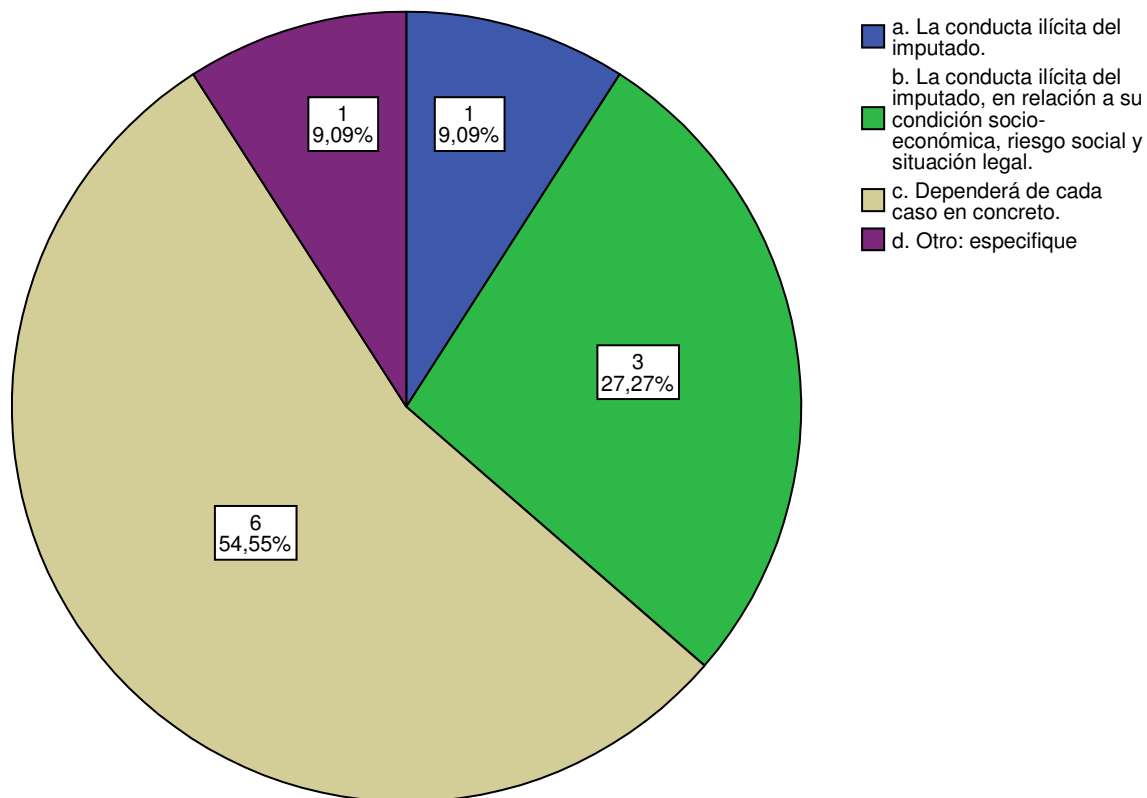


**TABLA N.º 7**

**7. Qué es lo primordial que se debe tomar en cuenta al momento de la determinación judicial de la pena privativa de libertad.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. La conducta ilícita del imputado.	1	9.1	9.1	9.1
	b. La conducta ilícita del imputado, en relación a su condición socio-económica, riesgo social y situación legal.	3	27.3	27.3	36.4
	c. Dependerá de cada caso en concreto.	6	54.5	54.5	90.9
	d. Otro: especifique	1	9.1	9.1	100.0
	Total	11	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 7**

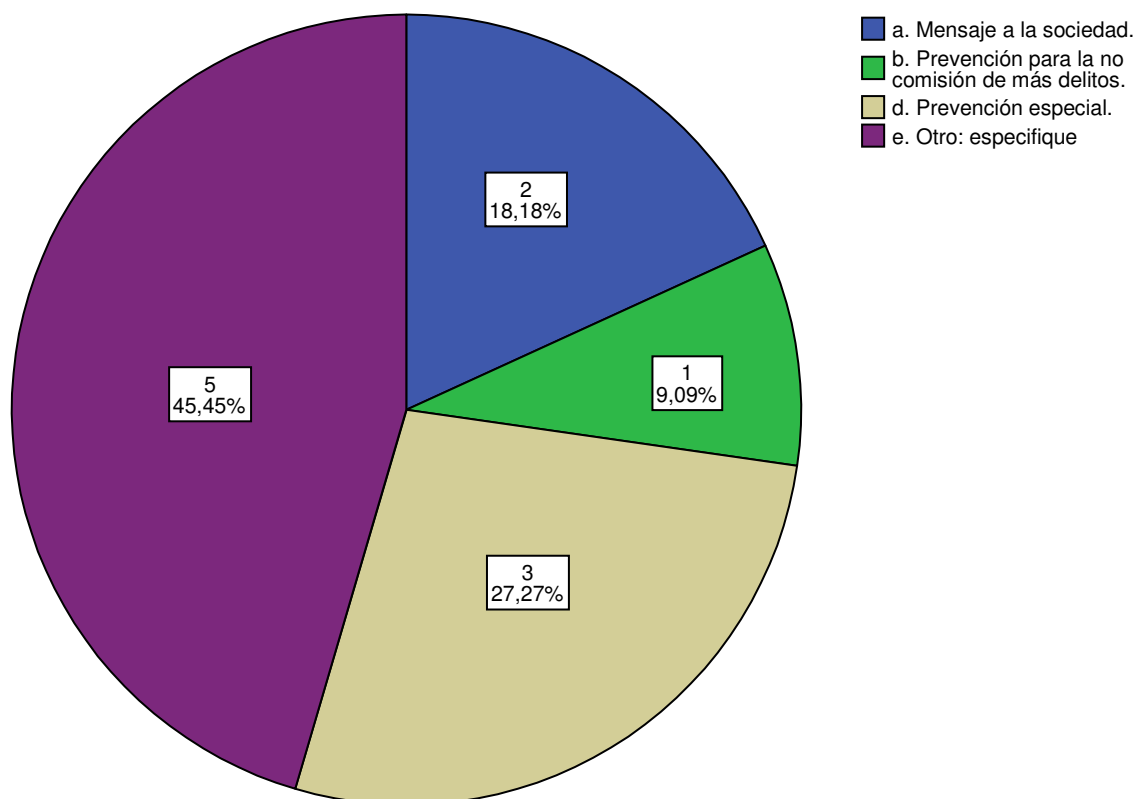


**TABLA N.º 8**

**8. Para la determinación de la pena privativa de libertad, cuál es el criterio primordial que toma en cuenta como parte del fin de la pena.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Mensaje a la sociedad.	2	18.2	18.2	18.2
	b. Prevención para la no comisión de más delitos.	1	9.1	9.1	27.3
	d. Prevención especial.	3	27.3	27.3	54.5
	e. Otro: especifique	5	45.5	45.5	100.0
	Total	11	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 8**

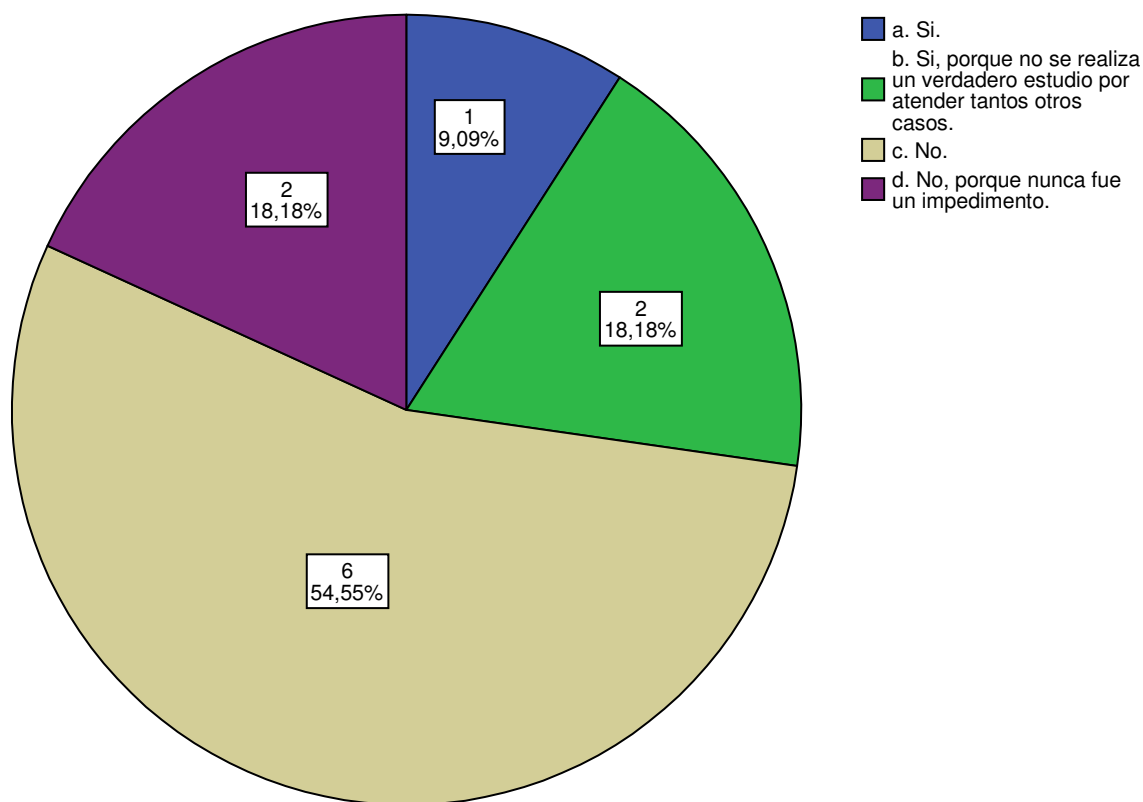


**TABLA N.º 9**

**9. Cree Ud. que la carga procesal que afrontan los juzgados penales ordinarios de Lima sea un impedimento para la aplicación debida de la pena privativa de libertad.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si.	1	9.1	9.1	9.1
	b. Si, porque no se realiza un verdadero estudio por atender tantos otros casos.	2	18.2	18.2	27.3
	c. No.	6	54.5	54.5	81.8
	d. No, porque nunca fue un impedimento.	2	18.2	18.2	100.0
	Total	11	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 9**

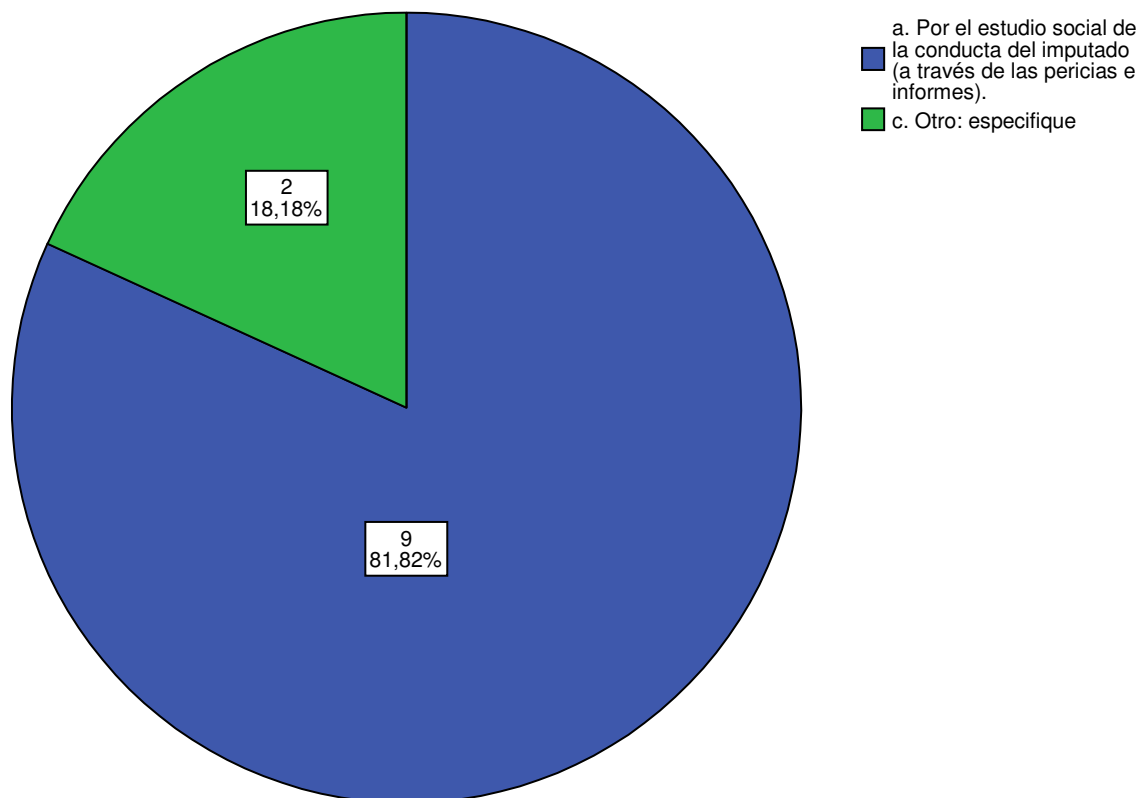


**TABLA N.º 10**

**10. A su sugerencia, cómo se debe determinar la pena privativa de libertad, ante los nuevos cambios sociales.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Por el estudio social de la conducta del imputado (a través de las pericias e informes).	9	81.8	81.8	81.8
	c. Otro: especifique	2	18.2	18.2	100.0
	Total	11	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 10**

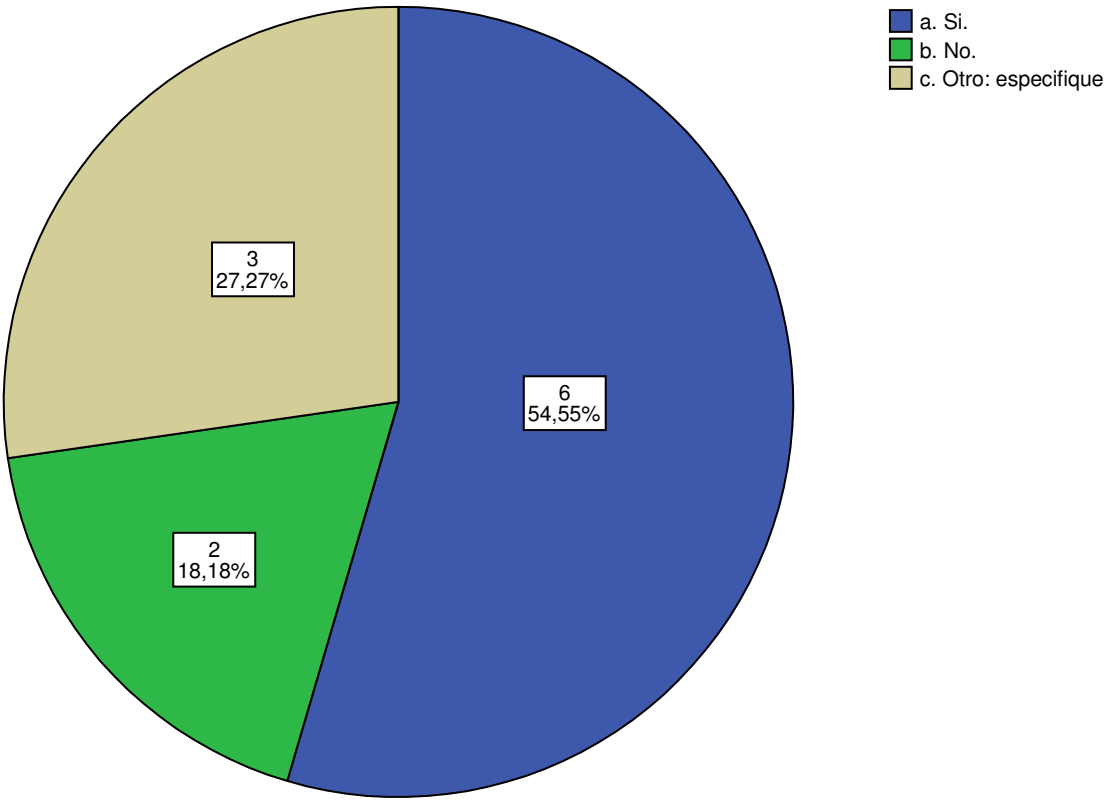


**TABLA N.º 11**

**1. En algunos casos, influye la presión de la prensa, la población, u opiniones políticas en la determinación de la pena privativa de libertad.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si.	6	54.5	54.5	54.5
	b. No.	2	18.2	18.2	72.7
	c. Otro: especifique	3	27.3	27.3	100.0
	Total	11	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 11**



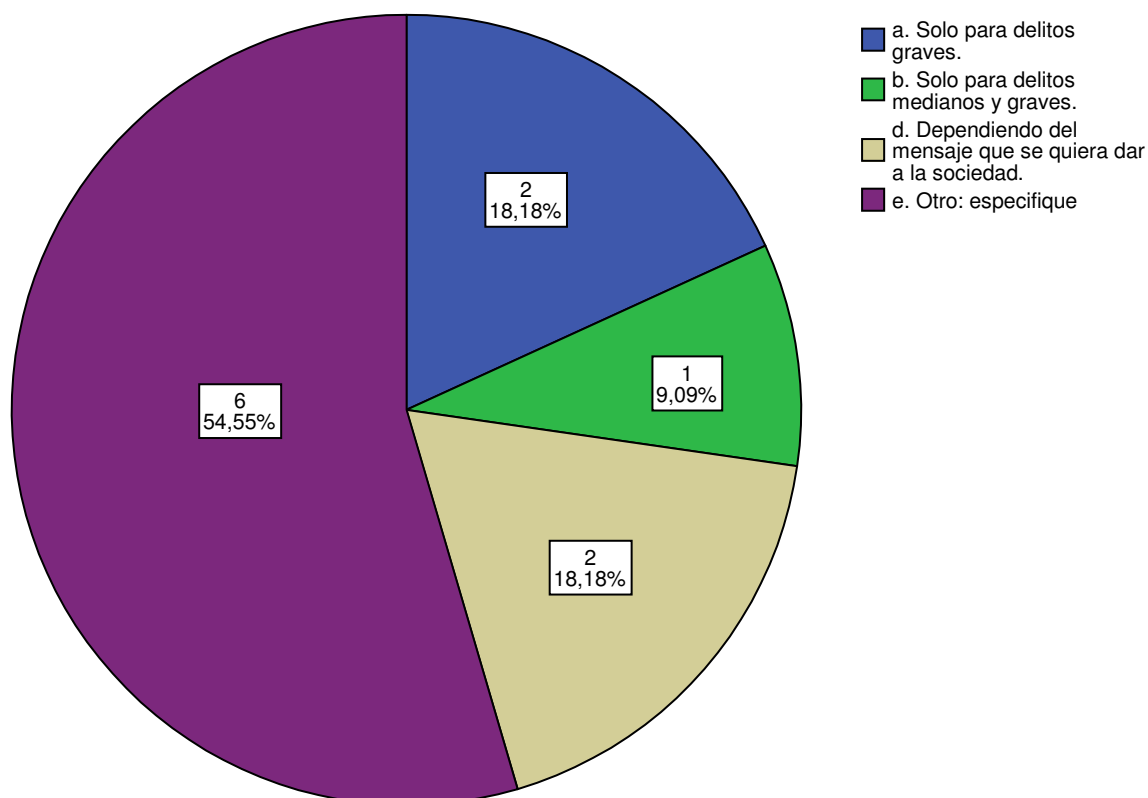


**TABLA N.º 12**

**12. En qué casos se debe aplicar la pena privativa de libertad.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Sólo para delitos graves.	2	18.2	18.2	18.2
	b. Sólo para delitos medianos y graves.	1	9.1	9.1	27.3
	d. Dependiendo del mensaje que se quiera dar a la sociedad.	2	18.2	18.2	45.5
	e. Otro: especifique	6	54.5	54.5	100.0
	Total	11	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 12**

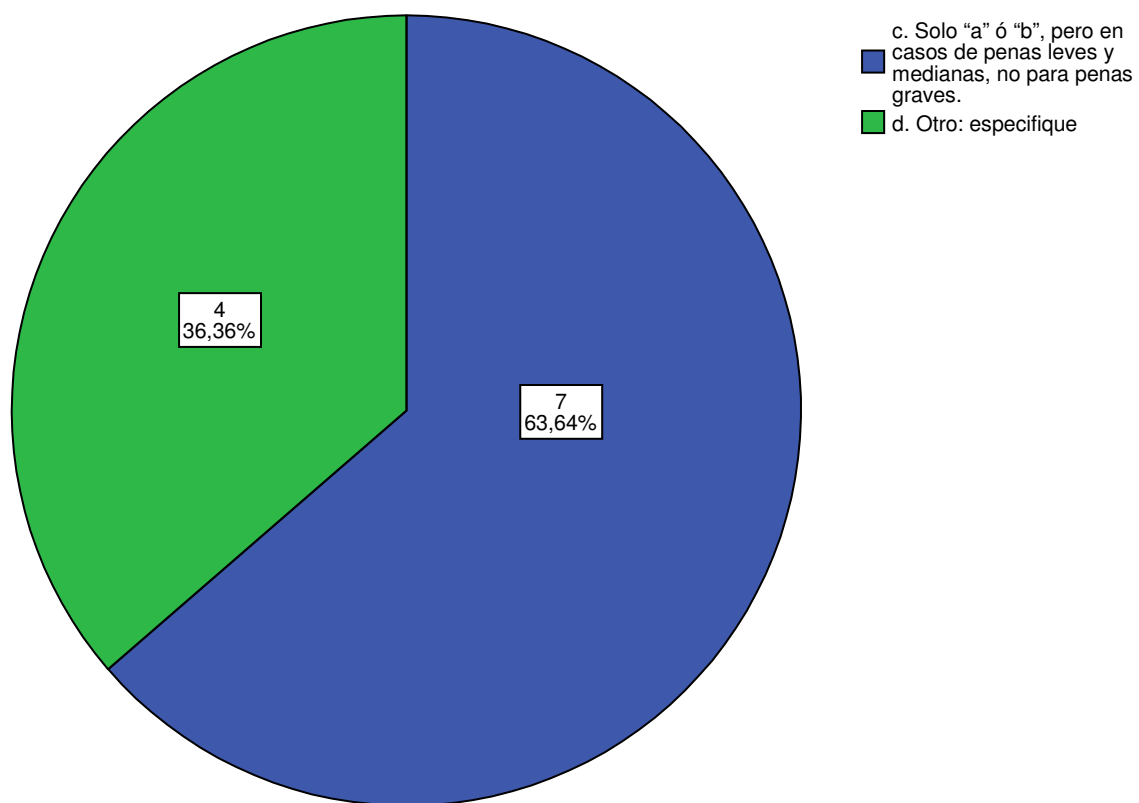


**TABLA N.º 13**

**13. Qué penas alternativas a la pena privativa de libertad se pueden aplicar en nuestro medio.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	c. Sólo "a" ó "b", pero en casos de penas leves y medianas, no para penas graves.	7	63.6	63.6	63.6
	d. Otro: especifique	4	36.4	36.4	100.0
	Total	11	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 13**

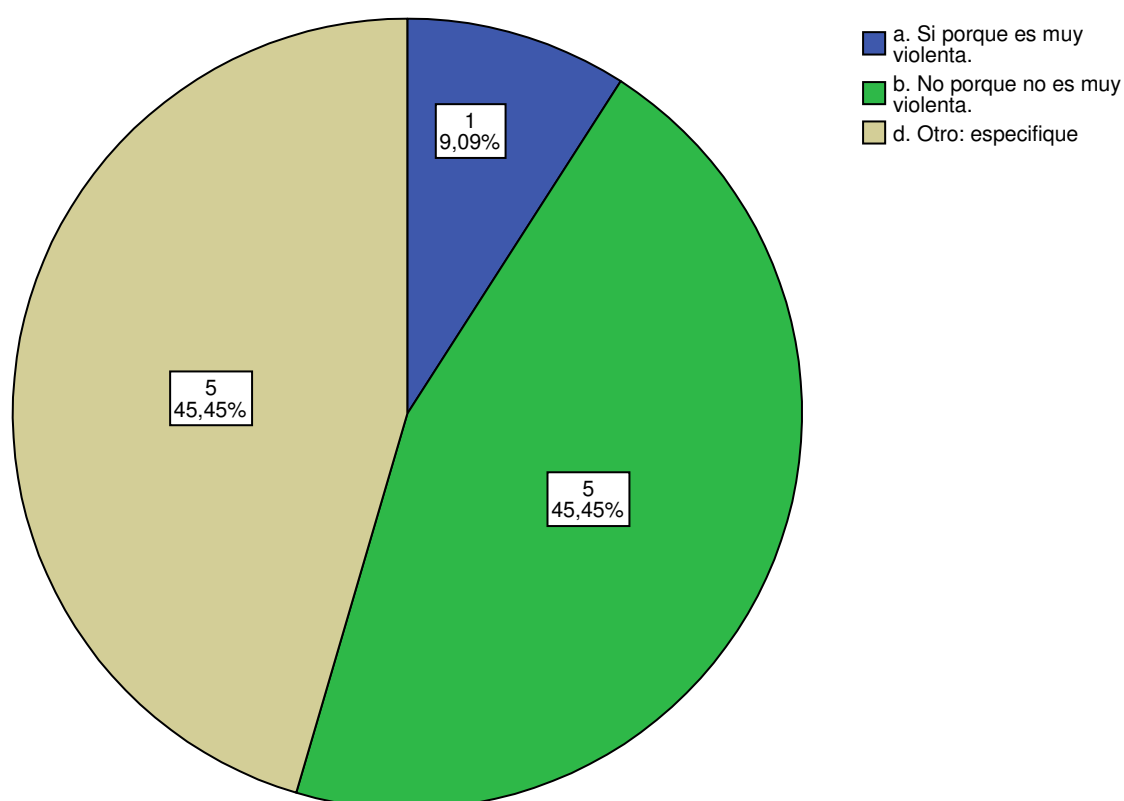


**TABLA N.º 14**

**14. Considera que nuestra sociedad es muy violenta por lo que debe aplicarse necesaria y efectivamente la pena privativa de libertad.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si porque es muy violenta.	1	9.1	9.1	9.1
	b. No porque no es muy violenta.	5	45.5	45.5	54.5
	d. Otro: especifique	5	45.5	45.5	100.0
	Total	11	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 14**

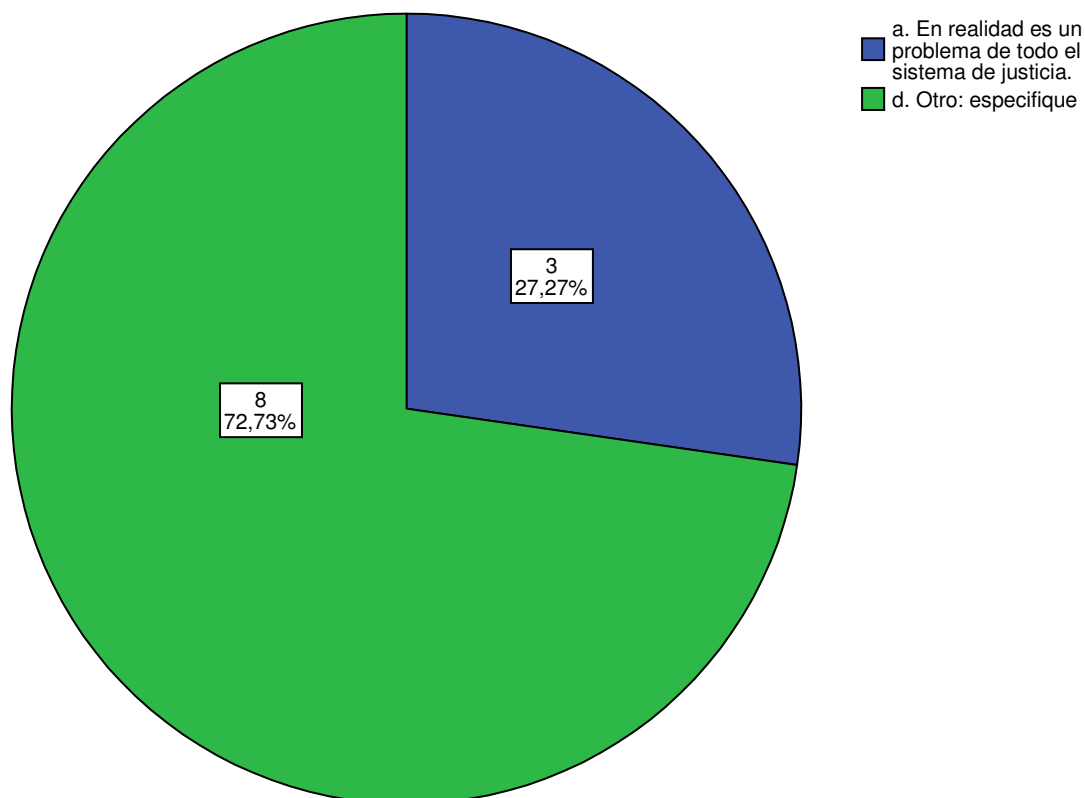


**TABLA N.º 15**

**15. A su criterio porqué considera que el Poder Judicial tiene poca aprobación de la población.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. En realidad es un problema de todo el sistema de justicia.	3	27.3	27.3	27.3
	d. Otro: especifique	8	72.7	72.7	100.0
	Total	11	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 15**

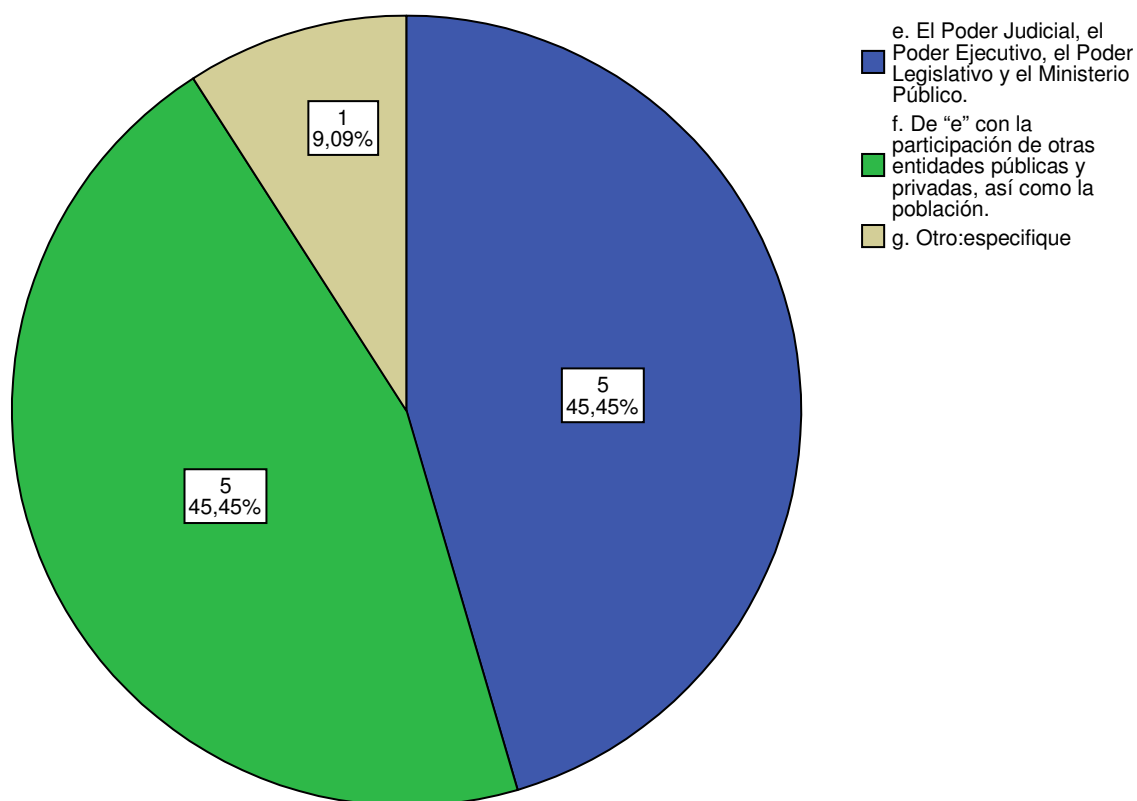


**TABLA N.º 16**

**16. Para la dación de políticas criminales respecto a la promulgación de leyes penales en cuanto a la existencia de nuevos delitos, o en la disminución o aumento de las penas, quiénes considera que deben participar en las mismas.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	e. El Poder Judicial, el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Ministerio Público.	5	45.5	45.5	45.5
	f. De "e" con la participación de otras entidades públicas y privadas, así como la población.	5	45.5	45.5	90.9
	g. Otro:especifique	1	9.1	9.1	100.0
	Total	11	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 16**

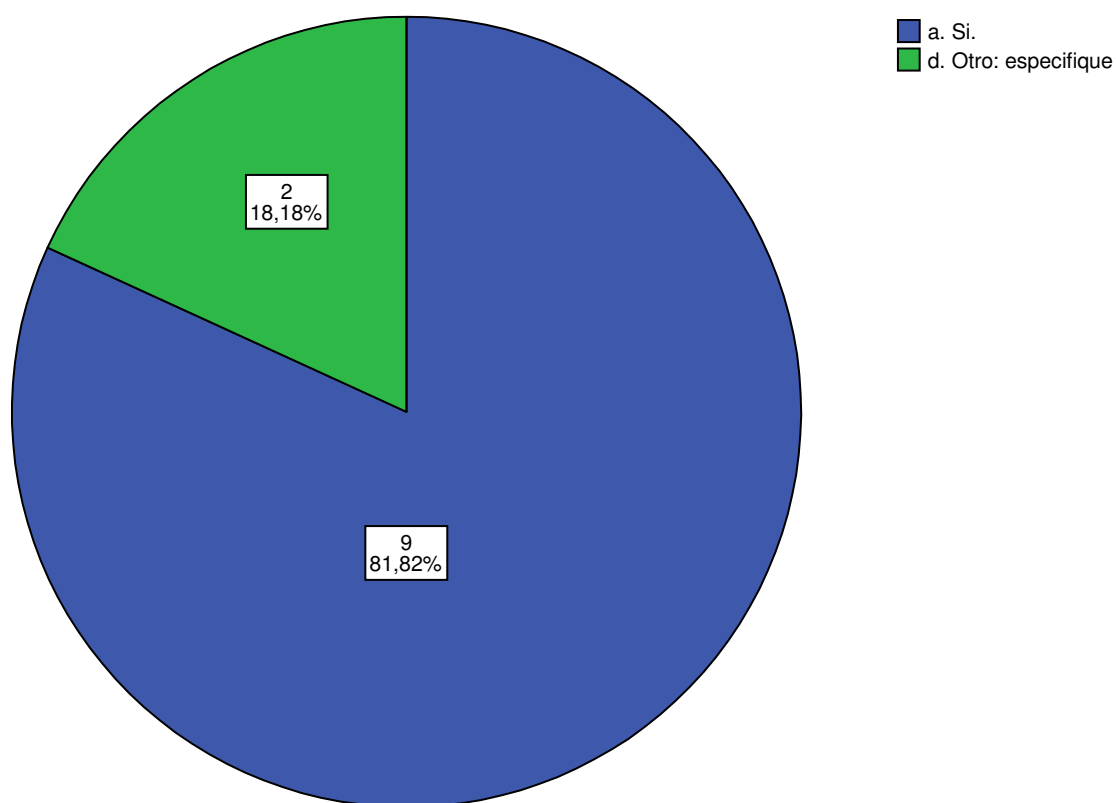


**TABLA N.º 17**

**17. Considera que el Poder Ejecutivo y/o el Poder Legislativo al momento de la promulgación de leyes penales, sus decisiones sólo responden a aspectos coyunturales (del momento) más no de verdaderas políticas criminales.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si.	9	81.8	81.8	81.8
	d. Otro: especifique	2	18.2	18.2	100.0
	Total	11	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 17**

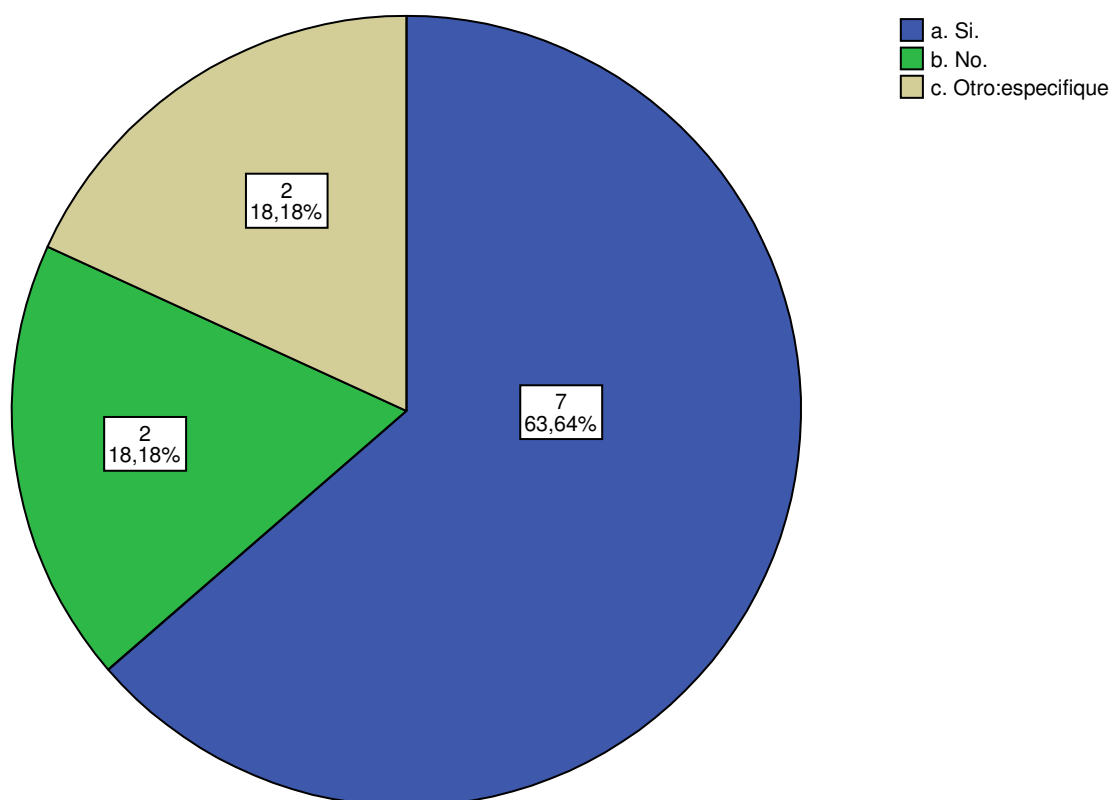


**TABLA N.º 18**

**18. Considera que el Poder Judicial realmente tiene autonomía e independencia al momento de decidir sus políticas y sobre el juzgamiento de los casos.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si.	7	63.6	63.6	63.6
	b. No.	2	18.2	18.2	81.8
	c. Otro:especifique	2	18.2	18.2	100.0
	Total	11	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 18**

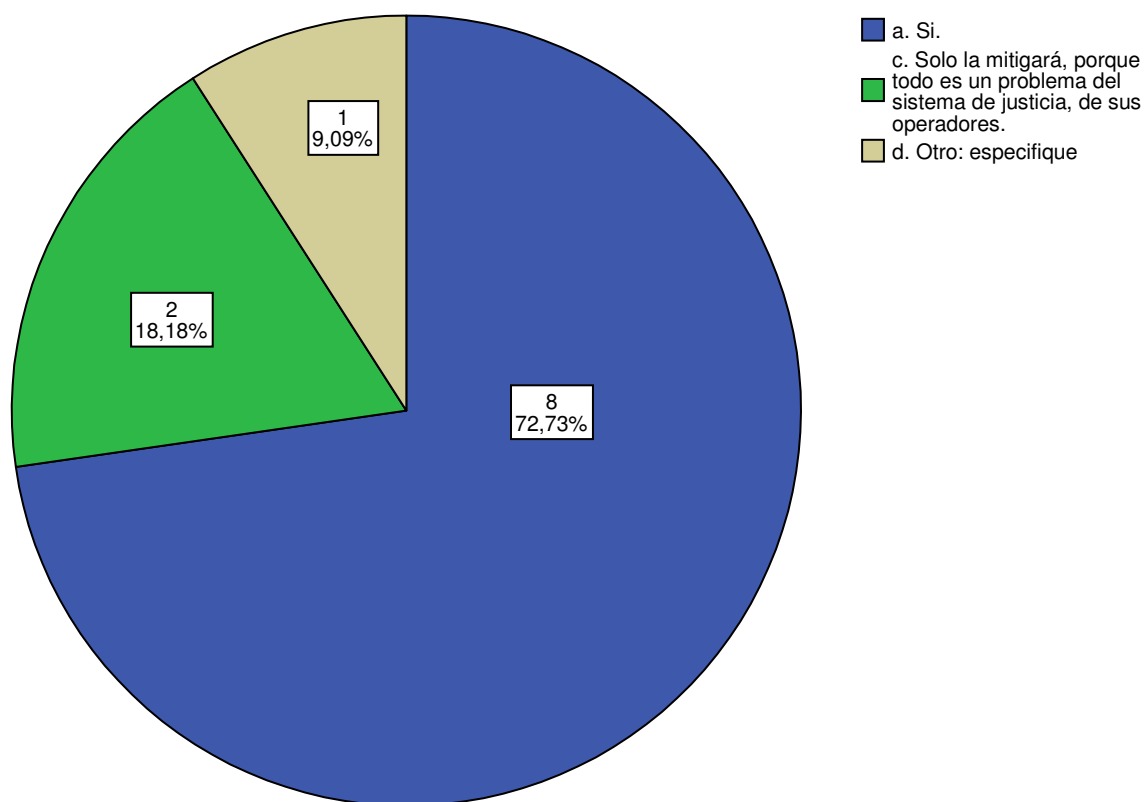


**TABLA N.º 19**

**9. Cree Ud. que con la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal la situación de la carga procesal y la percepción de la sociedad en el ámbito penal cambiará drásticamente.**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	a. Si.	8	72.7	72.7	72.7
	c. Sólo la mitigará, porque todo es un problema del sistema de justicia, de sus operadores.	2	18.2	18.2	90.9
	d. Otro: especifique	1	9.1	9.1	100.0
	Total	11	100.0	100.0	

**GRÁFICO N.º 19**





### 3.1.3.4 Comentario al resultado de las encuestas obtenidas de jueces penales ordinarios

La encuesta se realizó a once (11) jueces de los juzgados penales ordinarios de Lima, a fin de obtener resultados, sobre todo, respecto de qué criterios se aplican en las sentencias condenatorias en cuanto a la pena privativa de libertad, habiéndose planteado una encuesta de tipo semiabierta, toda vez que al final de cada alternativa que pudieran responder de manera objetiva, podían señalar un criterio distinto, pero que debían especificar. De la información procesada se aprecia que.

1. Ante la primera pregunta planteada, los jueces respondieron en mayoría, que representa el 64% de los jueces penales ordinarios, que aplican además de los criterios señalados en los artículos 45, 46, 46-A 46-B y 46-C, los que señala el tipo penal específico para cada caso, siendo que no se aplican otros criterios. En segundo lugar, el 9% de los jueces señaló que solo se aplican los criterios de los artículos 45, 46, 46-A, 46-B y 46-C; y, en tercer lugar, el 9% de los jueces señaló que además hacen aplicación difusa, es decir, se basan en criterios discrecionales.

2. En cuanto a la segunda pregunta planteada, los jueces respondieron en un 55% que sí existe una debida fundamentación en las sentencias; sin embargo, el 27% consideran que son pocos los casos con una debida fundamentación; y el 18% respondió que existe una aparente fundamentación.

3. Ante la tercera pregunta planteada, los jueces respondieron en un 46% que solo en ciertos casos es proporcionalmente adecuado. Un 27% de los jueces respondió que es proporcionalmente adecuado. Un 18% respondió que es desproporcional, porque las penas son demasiado bajas.

4. Ante la cuarta pregunta planteada, los jueces respondieron en un 55% que no tendría por qué existir uniformidad, ya que cada caso es diferente; un 27% señaló que sí existe uniformidad; un 18% de los encuestados respondió no existe uniformidad en general. De lo que se deduce que no hay uniformidad en

un gran porcentaje, porque ambas alternativas, “b” con el 18% y “c” con el 55% (un total de 73%), dicen que no, complementariamente.

5. Ante la quinta pregunta planteada, los jueces respondieron en un 64% que ante la determinación de la pena no se toma en cuenta, porque todo está contemplado en la ley penal; un 18% de los encuestados respondió que sí se toma en cuenta el cambio social, porque es conocido que los cambios sociales modernos influyen en la conducta; y otro 23% de los encuestados respondió que sí se toma en cuenta el cambio social. Aquí se evidencia un porcentaje mayor en las respuestas de solo los criterios establecidos en la ley, sin tomar en cuenta el cambio social, ya que ante los avances tecnológicos va paralelo el cambio social, donde podrían aparecer nuevos actos delictivos.

6. Ante la sexta pregunta planteada, los jueces respondieron en un 46% que la aplicación de la pena siempre debe estar definida en la ley, caso contrario, se procedería de manera arbitraria (por el principio de legalidad); un 36% de los encuestados respondió que no toda la aplicación de la pena debe estar definida en la ley, debido a que los cambios son dinámicos, porque en ciertos casos se debe aplicarse la libre discrecionalidad; un 18% de los encuestados respondió que sí debe estar definida en la ley. Estas opciones sumadas dan un total mayoritario de 64%, que debería estar fijada en la ley, lo cual concuerda con el principio de legalidad en determinación de la penas.

7. Ante la séptima pregunta planteada, los jueces respondieron mayoritariamente en un 55% que dependerá de cada caso en concreto; un 27% de los encuestados respondió que se debe tomar en cuenta, al momento de la determinación judicial de la pena privativa de libertad, como lo primordial la conducta ilícita del imputado del imputado en relación a su condición socioeconómica, riesgo social y situación legal; y un 9% respondió que lo primordial que se debe tomar en cuenta al momento de la determinación judicial de la pena es la conducta ilícita del imputado; por último, un 9% señaló otro a especificar.

8. Ante la octava pregunta planteada, los jueces respondieron en un 27% que el criterio primordial que se toma en cuenta como parte del fin de la pena, en la determinación de la pena privativa de libertad, es la prevención especial. Un 18% respondió que el criterio primordial es el mensaje a la sociedad; un 9% respondió prevención para la no comisión de más delitos; y un 46% respondió otro a especificar. Ha de observarse que el porcentaje de las repuestas sumadas, referentes a la de prevención (especial y para no comisión), llega al 36%, según sus matices; de igual forma cabe precisar en menor porcentaje se considera que la pena tiene un mensaje a la sociedad.

9. Ante la novena pregunta planteada, los jueces respondieron en un 55% que la carga procesal que afrontan los juzgados penales ordinarios de Lima no es un impedimento para la aplicación debida de la pena privativa de libertad; un 18% respondió que no, porque nunca fue un impedimento; lo que suma un total de 73% que considera que la carga procesal no es un impedimento para la aplicación debida de la pena. Por otro lado, un 18 % respondió que sí, porque no se realiza un verdadero estudio por atender tantos otros casos; un 9% respondió que sí; sumado da un total el 27% de los que consideran que sí es un problema.

10. Ante la décima pregunta planteada, los jueces respondieron en un 81% que, a su sugerencia, la pena privativa de libertad se debe determinar ante los casos existentes y los nuevos cambios sociales por el estudio social de la conducta del imputado (a través de pericias e informes). Un 18% de los jueces encuestados señaló otro especifique. Esta pregunta se respondió mayoritariamente (81%) con la alternativa “a”, de donde se aprecia que existe necesidad permanente de capacitación y especialización concerniente a los cambios sociales por quienes administren la justicia.

11. Ante la undécima pregunta planteada, los jueces respondieron en un 55% que, en algunos casos, sí influye la presión de la prensa, la población u opiniones políticas en la determinación de la pena privativa de libertad; un 18% señala que no; y un 27% respondió otro a especificar.

12. Ante la duodécima pregunta planteada, los jueces respondieron en un 18% que la pena privativa de libertad se debe aplicar solo para delitos graves; otro 18% respondió que la pena privativa de libertad se debe aplicar dependiendo del mensaje que se quiere dar a la sociedad; un 9% respondió que solo se debe aplicar para delitos medianos y graves; y otro 55% respondió otro a especificar. Entonces, se aprecia que en un porcentaje mayor optan por la no aplicación de pena privativa de libertad para el caso de delitos medianos y graves, sino otros tipos de penas.

13. Ante la trigésima pregunta planteada, los jueces respondieron en un 64% que las penas alternativas a la pena privativa de libertad que se pueden aplicar en nuestro medio son la multa y los trabajos, pero en casos de penas leves y medianas, no para penas graves; un 36% respondió otro a especificar.

14. Ante la cuadragésima pregunta planteada, los jueces respondieron en un 46% que no se debe aplicar la pena privativa de libertad, porque nuestra sociedad no es muy violenta; un 9% respondió que debido a que nuestra sociedad es muy violenta se debe aplicarse necesaria y efectivamente la pena privativa de libertad; y un 45% respondió otro a especificar.

15. Ante la quincuagésima pregunta planteada, los jueces respondieron en un 27% que la razón por la que el Poder Judicial tiene poca aprobación de la población es porque se trata en realidad de un problema de todo el sistema de justicia; otro 73% respondió otro a especificar.

16. Ante la sexagésima pregunta planteada, los jueces respondieron en un 46% que para la dación de políticas criminales respecto de la promulgación de leyes penales en tanto a la existencia de nuevos delitos, o en la disminución o aumento de las penas, los que deben participar son el Poder Judicial, el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Ministerio Público; otro 45% respondió que los que deben participar, además de los Poderes Judicial, Ejecutivo y Legislativo y el Ministerio Público, son otras entidades públicas y privadas, así como la población; un 9% respondió otro a especificar. Aquello muestra un total del 91% a favor de la participación total.

17. Ante la septuagésima pregunta planteada, los jueces respondieron en un 82% que sí, en cuanto a que el Poder Ejecutivo o el Legislativo, al momento de la promulgación de leyes penales, sus decisiones solo responden a aspectos coyunturales (del momento), pero no de verdaderas políticas criminales; un 18% respondió otro a especificar.

18. Ante la octogésima pregunta planteada, los jueces respondieron en un 64% que sí, en cuanto a que el Poder Judicial realmente tiene autonomía e independencia al momento de decidir sus políticas y sobre el juzgamiento de los casos; un 18% respondió que no; y, por último, un 18% señaló otro especificar.

19. Ante la nonagésima pregunta planteada, los jueces respondieron en un 73% que sí, en cuanto a que la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal cambiará drásticamente la situación de la carga procesal y la percepción de la sociedad en el ámbito penal; un 18% respondió que solo la mitigará, porque todo es un problema del sistema de justicia, de sus operadores; y un 9% respondió otro especificar.

### **3.2. Descripción y comentario del estudio de casos**

#### **3.2.1. De las sentencias emitidas en los procesos penales sumarios**

##### **3.2.1.1. Resultado de las sentencias emitidas en los procesos sumarios a base de medición de indicadores**

En este segmento, la muestra está conformada por cien sentencias condenatorias que representan el 100%, emitida de la siguiente manera.

#### **A) Medición en la hipótesis H1**

- i) En indicadores del variable independiente de la hipótesis H1

IND-1: Nivel de consideración y aplicación de los dispositivos normativos de los artículos 45, 46, 46-A, 46-B, 46-C del CP:

Indicadores	Resultado en números	Resultado en porcentajes
• 45, 46, 46-A, 46-B y 46-C	0	0%
• 45 y 46	89	89%
• Solo 45	7	7%
• Solo 46	4	4%

IND-2: Nivel de consideración de los criterios generales para determinar la pena:

Indicadores	Resultado en números	Resultado en porcentajes
• Gravedad del injusto	100	100%
• Grado de responsabilidad	100	100%

ii) En indicadores del variable dependiente de la hipótesis H1

IND-3: Nivel de consideración de las circunstancias fácticas referidas al hecho o aspectos personales al autor establecidas en los artículos 45 y 46 del CP:

Indicadores	Resultado en números	Resultado en porcentajes
• Mención casi completa	13	13%
• Mera mención	80	80%
• Sin mención	7	7%

IND. 4: Número de casos donde hayan considerado la condición socioeconómica, riesgo social y situación legal para calificar la conducta típica del imputado:

Indicadores	Resultado en números	Resultado en porcentajes
•Socioeconómica	9	9%
•Riesgo social	2	2%
•Situación legal (con o sin antecedentes penales)	25	25%

IND. 5: Número de casos con consideración de factores no establecidos en los artículos 45, 46-A, 46-B y 46-C del C P (nuevas circunstancias): en ningún caso se encontró que hayan considerado algún otro factor.

IND. 6: Número de casos con criterio normativo no establecidos en los artículos 45, 46, 46-A, 46-B y 46-C:

Indicadores (Artículos del Título Preliminar del CP)	Resultado en números	Resultado en porcentajes
I : Finalidad Preventiva	2	2%
IV : Principio de Lesividad	20	20%
VII : Principio de Responsabilidad	40	40%
VIII: Principio de Proporcionalidad	45	45%
IX : Fines de la Pena	7	7%

Estos criterios del Título Preliminar del código en mención han sido considerados en cincuenta y cinco sentencias, por lo menos uno de estos aspectos legales, indistintamente, en total alcanzando un porcentaje de 55%.

IND. 7: Otras disposiciones legales (Constitución, jurisprudencias, Código de Procedimientos Penales – CPP–, etc.):

Indicadores	Resultado en números	Resultado en porcentajes
• Confesión sincera (Art. 136 del CPP)	9	9%

## B) Medición en la hipótesis H2

- i) En indicadores del variable independiente de la hipótesis H2

IND. 8: Nivel de valoración o ponderación de los factores fácticos o personales considerados en las sentencias condenatorias:

Indicadores	Resultado en números	Resultado en porcentajes
• Valoración casi completa	0	0%
• Aparente valoración	13	13%
• Sin valoración	87	87%

- ii) En indicadores del variable dependiente de la hipótesis H2

IND. 9: Niveles de motivación:

Indicadores	Resultado en números	Resultado en porcentajes
• Debida motivación	0	0%
• Aprox. a la debida motivación	16	16%
• Mediana motivación	69	69%
• Motivación Aparente	15	15%

## C) Medición en la hipótesis H3

- i) En indicadores del variable independiente de la hipótesis H3

IND. 10: Sí o No se basan en la “*cantidad del mínimo y máximo* de la pena establecida en cada tipo penal:

Indicadores	Resultado en números	Resultado en porcentajes
• Sí	95	95%
• No	5	5%



IND. 11: Número de casos con o sin argumentación justificadora *del porqué* se fijó esa cantidad de pena: en ningún caso se encontró alguna construcción argumentativa de justificación.

IND. 12: Número de casos donde invocan *criterio de conciencia* al momento de determinar la cantidad de pena privativa de libertad en concreto:

Indicadores	Resultado en números	Resultado en porcentajes
• Sí invocan	95	95%
• No invocan	5	5%

IND. 13: Número de casos donde se haya realizado *apreciación de hechos y pruebas* con mayor grado de desarrollo en la sentencia condenatoria: se encontró que, en todos los casos consideraron con preponderancia la *apreciación de los hechos y pruebas*.

ii) En indicadores del variable dependiente de la hipótesis H3

IND.14: Número de casos donde se haya usado un criterio técnico jurídico en especial para establecer o medir la pena en concreta (graduación de la pena ante la concurrencia de dos o más factores): en ningún caso se encontró que hayan empleado alguna técnica especial de individualización de la pena.

### 3.2.1.2. Comentario y análisis del resultado de las sentencias emitidas en los procesos sumarios

Luego del análisis efectuado en las mencionadas sentencias, se obtuvo el siguiente resultado:

1. En 89 de las cien sentencias se menciona la aplicación de los artículos 45 (*criterios para la determinación de la pena*) y 46 (*individualización de la pena*) del Código Penal, que representa el 89%; en siete sentencias

solo se mencionó el artículo 45, que representa 7%; y en otras cuatro solo el artículo 46 del CP, que representa 4%. En una apreciación genérica, se podría establecer que estos dos artículos son utilizados, indistintamente, en todas las sentencias y, por tanto, son los que predominan en la aplicación de la pena privativa de libertad. La mayoría apenas hace una mención de dichos artículos, pero no un razonamiento lógico sobre la determinación de la pena, porque en muchos casos existen repetición de anotaciones. En ninguna de las sentencias analizadas, se encontró mención a los artículos 46-A (circunstancias agravantes por condición del sujeto activo), 46-B (reincidencia) y 46-C (habitualidad).

2. En todas las sentencias se hace uso y mención de los criterios generales que individualizan la pena, la *gravedad del injusto* (del hecho) y el *grado de responsabilidad*; siendo ellos la base sobre la cual se analizan y evalúan todas las pruebas o hechos para llegar a la decisión final de determinar la pena privativa en concreto.
3. En ochenta sentencias se hace mera mención (indistintamente) de los factores o circunstancias específicas para la individualización judicial de la pena, la cual comprende las circunstancias fácticas referidas al hecho (tiempo, lugar, modo, ocasión, etc.) y los aspectos personales del autor (nivel de instrucción, condiciones personales, situación, cultura y costumbres), que representa 80%; en otras trece sentencias se mencionan de manera casi completa (13%), donde recaban y tratan de profundizar los factores intervinientes en cada caso; y en siete sentencias no se mencionan (7%), es decir no tomaron en cuenta absolutamente. Cabe señalar que, si bien la mayoría hace mención de dichos factores o circunstancias, no se hace el debido análisis de selección pertinente para cada caso, ya que en muchos casos existen repeticiones de anotaciones de un modo general.
4. Con relación a la *conducta típica* se consideró preponderantemente tres situaciones: en nueve sentencias se tomó en cuenta la situación

*socioeconómica, que representa 9%*; en dos sentencia, la situación de *riesgo social (2%)*; y en veinticinco sentencias, la *situación legal* de los sentenciados representa el 25% (sobre todo los *antecedentes penales* que tuviera).

5. En nueve sentencias se tomó en cuenta la *confesión sincera (las mismas que fueron consideradas durante el proceso)*, de los que fueron sentenciados, para la disminución de la pena privativa de libertad, que equivale un 9%. En ningún caso se encontró *factores no establecidos* en los artículos 45 y 46 del CP que se hayan tomado en cuenta para la determinación de la pena, por ejemplo, sustentos a través de otras ciencias como la biología, psicología, sociología, criminología o política criminal, siendo que en ningún caso analizado se consideró la jurisprudencia aplicable al caso.
6. Otro de los aspectos legales que tomó en cuenta fue que en veinticinco sentencias consideró el artículo IV del Título Preliminar del CP (*principio de lesividad*); en ese mismo sentido, en cuarenta sentencias, el artículo VII (*principio de responsabilidad o culpabilidad*); en 45 sentencias, el artículo VIII (*proporcionalidad de las sanciones*); en siete sentencias, el artículo IX (*finés o funciones de la pena*); y, además, en dos sentencias, el artículo I del Título Preliminar del CP (*finalidad preventiva*). Del total, en cincuenta y cinco sentencias, por lo menos uno de estos aspectos legales fueron considerados, que equivale al 55% del total. En ningún caso se tomó en cuenta la jurisprudencia como guía normativa aplicable al caso.
7. Respecto de casos con valoración y ponderación de los factores o circunstancias fácticas y personales consideradas en las sentencias condenatorias (principalmente los artículos 45 y 46 del CP), para su calificación se tomó en cuenta el mayor valor que guardan ante la concurrencia de dos o más factores, sobre todo saber cuál de ellos tiene predominancia sobre otro(s), en calidad de ponderación, a fin de tomar la justificación debida al momento de fijar la pena en concreta. Luego del estudio del caso en concreto, se tiene que en ochenta y siete sentencias

no se realizó ningún tipo de valoración, que representa el 87%; solo en trece sentencias (13%) se halló una aparente valoración; y, en la mayoría de ellas no se encontró, en ningún caso, la valoración y ponderación debida para determinar y graduar la pena, así como tampoco indicaron cuál es el factor preponderante para arribar a la determinación de la misma.

8. Respecto de la *fundamentación* en la fijación de las penas. Para su calificación se tomó en cuenta sobre todo el grado de motivación o sustento referente a la consideración y valoración de los factores o circunstancias (ponderación y razonamiento lógico-jurídico), pero también se consideraron otros aspectos de la sentencia (aportes críticos de cómo se llega a la pena a través del análisis de los hechos y un razonamiento lógico-jurídico, desarrollo de los hechos y la obtención de la prueba útiles al caso, mención de la doctrina, jurisprudencia, criterios científicos o extradogmáticos). En ningún caso se ha considerado o establecido que las sentencias estén *debidamente motivadas*; así tenemos que dieciséis sentencias (16%) *se aproximan a ser consideradas como debidamente motivadas*; en sesenta y nueve (69%) sentencias se consideran *medianamente motivadas*; y quince (15%) sentencias están *aparentemente motivadas*. En ningún caso se pudo considerar como que *no existiera motivación*.
9. Respecto de la *motivación debida del porqué* se le impone una determinada cantidad de pena, si bien la mayoría de las sentencias considera las circunstancias fáctica y personales, no se encontró en ningún caso que se haya realizado la valoración y ponderación debida de ellas, mucho menos señalaron cuál de ellas predomina sobre los demás, es decir, no indicaron cuál es la razón justificadora que llevaron a fijar esa cantidad de pena. En las cien sentencias condenatorias, se ve que preponderantemente se toman en cuenta aspectos como la *apreciación de los hechos y pruebas*, de los que sí se preocuparía por desarrollarlos en mayor grado, pero se aclara que no se hace una crítica al valor probatorio que le da el juzgador durante las actuaciones

judiciales, ya que en principio no es materia de investigación. Por otra parte, en 52 sentencias (95%) se invoca o menciona que se aplicó el *criterio de conciencia* facultado por la ley.

10. En cuanto el criterio preponderante de una técnica para establecer o medir la cantidad de la pena, si bien se reconoce que (1) la individualización judicial de la pena es un proceso técnico que consiste en determinar el aspecto cuantitativo de la pena con afán explicativo y lógico y (2) se carece de un marco normativo que facilite o posibilite una técnica, en todas las sentencias revisadas se consideró la *identificación de la pena básica* establecida como fundamento para cada tipo penal, el *análisis de los hechos y el mérito de las pruebas, así como las circunstancias o factores que concurren al caso* (lo cual ya fue comentado en el punto anterior) como elementos que a partir de su valoración permitirían la graduación de la pena. De esta manera, en noventa y cinco casos (95%) se señaló y en las otras cinco (5%) sentencias no se señaló la expresión “*cantidad del mínimo y máximo de la pena establecida en cada tipo penal*” como argumento para la medición de la pena (simple mención o enumeración de los articulados que contienen los tipo base o norma penal aplicable, entendida como forma expresa o tácita de “que la conducta del acusado se adecúa al tipo penal descrito en un determinado artículo del CP”); desprendiéndose que, si bien es cierto que las penas establecidas se encuentran prescritas en el tipo penal señalado y que mencionarlos como punto de partida para la graduación de la pena resulta necesario, el trabajo de los jueces no debe quedar limitado únicamente a ello, sino obedece a que a ello se debería sumar o merituar las circunstancias fácticas o personales y aspectos personales del acusado para que dicho quantum se enmarque en uno de los mitades del tipo base. Otro aspecto a resaltar es que los aspectos que se haya considerado, así como el porqué esa cantidad de pena a imponer debería estar claramente descrita, a fin de que el sentenciado se informe sobre qué base se le aplica determinada cantidad de pena. En consecuencia, en ninguna

sentencia se ha encontrado técnica especial alguna para la determinación de la pena.

### 3.2.2 De las sentencias emitidas en los procesos penales ordinarios

#### 3.2.2.1 Resultado de las sentencias emitidas en los procesos ordinarios a base de medición de indicadores

En este segmento, la muestra está conformada por sesenta sentencias condenatorias que representan el 100%, emitida de la siguiente manera.

#### A) Medición en la hipótesis H1

##### i) En indicadores del variable independiente de la hipótesis H1

IND. 1: Nivel de consideración y aplicación de los dispositivos normativos de los artículos 45, 46, 46-A, 46-B, 46-C (como un criterio o instrumento normativo):

Indicadores	Resultado en números	Resultado en porcentajes
• 45, 46, 46-A, 46-B y 46-C	0	0%
• 45 y 46	54	90%
• Solo 45	3	5%
• Solo 46	3	5%

IND. 2: Nivel de consideración de los criterios generales para determinar la pena:

Indicadores	Resultado en números	Resultado en porcentajes
• Gravedad del injusto	60	100%
• Grado de responsabilidad	60	100%

ii) **En indicadores del variable dependiente de la hipótesis H1**

IND. 3: Nivel de consideración de las circunstancias fácticas referidas al hecho o aspectos personales del autor establecidas en los artículos 45 y 46 del CP:

Indicadores	Resultado en números	Resultado en porcentajes
• Mención casi completa	7	11,66%
• Mera mención	78	78,33%
• Sin mención	6	10%

IND. 4: Número de casos donde hayan considerado la condición socioeconómica, riesgo social y situación legal para calificar la conducta típica del imputado:

indicadores	Resultado en números	Resultado en porcentajes
• Socioeconómica	19	31,66%
• Riesgo social	28	46,66%
• Situación legal (con o sin antecedentes penales)	35	58,33%

IND. 5: Número de casos que consideran factores no establecidos en los artículos 45, 46-A, 46-B y 46-C del CP: en ningún se encontró que hayan considerado algún otro factor.

IND. 6: Número de casos con criterio normativo no establecidos en los artículos 45, 46, 46-A, 46-B y 46-C del CP:

Indicadores (Artículos del Título Preliminar del CP)	Resultado en números	Resultado en porcentajes
I : Finalidad Preventiva	0	0%
IV : Principio de Lesividad	9	15%
VII : Principio de Responsabilidad	9	15%
VIII: Principio de Proporcionalidad	12	20%
IX : Fines de la Pena	9	15%

Estos criterios del Título Preliminar del código en mención han sido considerados en cuarenta y uno sentencias, por lo menos uno de estos aspectos legales, en total alcanzando un porcentaje de 68,33%.

IND. 7: Otras disposiciones legales (Constitución, jurisprudencias, Código de Procedimientos Penales):

Indicadores	Resultado en números	Resultado en porcentajes
• Confesión sincera (Art. 136 del CPP)	7	11,66%

## B) Medición en la hipótesis H2

i) En indicadores del variable independiente de la hipótesis H2

IND. 8: Nivel de valoración o ponderación de los factores fácticos o personales considerados en las sentencias condenatorias:

Indicadores	Resultado en números	Resultado en porcentajes
• Valoración casi completa	3	5%
• Aparente valoración	3	5%
• Sin valoración	54	90%

ii) **En indicadores del variable dependiente de la hipótesis H2**

IND. 9: Niveles de motivación:

Indicadores	Resultado en números	Resultado en porcentajes
• Debida motivación	0	0%
• Aprox. a la debida motivación	28	47,36%
• Mediana motivación	32	53,33%
• Motivación Aparente	0	0%

Siendo el Exp. N.º 625-04 el más completo en la debida motivación.



### C) Medición en la hipótesis H3

- i) En indicadores del variable independiente de la hipótesis H3

IND. 10: Sí o No se basan en la “*cantidad del mínimo y máximo* de la pena establecida en cada tipo penal”:

Indicadores	Resultado en números	Resultado en porcentajes
• Sí	51	85%
• No	9	15%

IND. 11: Número de casos con o sin argumentación justificadora *del porqué* se fijó esa cantidad de pena privativa de libertad: en ningún caso se encontró alguna construcción argumentativa de justificación.

IND. 12: Número de casos donde invocan *criterio de conciencia* al momento de determinar la cantidad de pena privativa de libertad en concreto:

Indicadores	Resultado en números	Resultado en porcentajes
• Sí invocan	57	95%
• No invocan	3	5%

IND. 13: Número de casos donde se haya realizado *apreciación de hechos y pruebas* con mayor grado de desarrollo en la sentencia condenatoria: se encontró que, en todos los casos consideraron con preponderancia la *apreciación de los hechos y pruebas*.

- ii) En indicadores del variable dependiente de la hipótesis H3

IND. 14: Número de casos donde se haya usado un criterio técnico jurídico en especial para establecer o medir la pena en concreta (graduación de la pena ante la concurrencia de dos o más factores):

en ningún caso se encontró que hayan empleado alguna técnica especial de individualización de la pena.

### 3.2.2.2 Comentario y análisis al resultado de las sentencias emitidas en los procesos ordinarios

Luego del análisis efectuado en las mencionadas sentencias condenatorias, se obtuvo el siguiente resultado:

1. En cincuenta y cuatro de las sesenta sentencias se menciona la aplicación de los artículos 45 (*criterios para la determinación de la pena*) y 46 (*individualización de la pena*) del Código Penal, que representa el 90%; en tres sentencias solo se mencionó el artículo 45 y en otros tres solo el artículo 46 de dicho Código Sustantivo. En una apreciación genérica, se podría establecer que estos dos artículos son utilizados, indistintamente, en todas las sentencias y, por tanto, son los que predominan en la aplicación de la pena privativa de libertad. Cabe señalar que en su mayoría solo se hace una mera mención sobre dichos artículos, pero no un razonamiento lógico sobre la determinación de la pena, solo en pocos alcanzaría algún grado de razonabilidad. En ninguna de las sentencias analizadas, por otra parte, se encontró que se haya hecho mención a los artículos 46-A (circunstancias agravantes por condición del sujeto activo), 46-B (reincidencia) y 46-C (habitualidad).
2. En todas las sentencias se hace uso y mención de los criterios generales para la determinación e individualización de la pena, la *gravedad del injusto* (del hecho) y el *grado de responsabilidad*, siendo ellos la base sobre la cual se analizan y evalúan todas las pruebas o hechos para llegar a la decisión final de determinar la pena privativa en concreto.
3. En cuarenta y siete sentencias se hace *mera mención* de los factores o circunstancias específicas para la individualización judicial de la pena, que comprende las circunstancias fácticas referidas al hecho (tiempo, lugar, modo, ocasión, etc.) y las circunstancias o aspectos personales del autor

(nivel de escolaridad, condiciones personales, situación económica, cultura y costumbres), que representa 78%; en siete sentencias se menciona *casi completa* (12%), donde recaban y tratan de detallar los factores intervinientes en cada caso, siendo uno de ellos con mayor precisión (Exp. N.º 625-04); y en otras seis *sin mención alguna* (10%). En la mayoría solo se hace una *mera mención* sobre dichos factores o circunstancias, pero no el debido análisis de selección pertinente para cada caso, ya que existen numerosas repeticiones de anotaciones de un modo general.

4. Con relación a la conducta típica se consideraron preponderantemente tres situaciones: en diecinueve sentencias se tomó en cuenta la situación *socioeconómica, que representa 32%*; en veintiocho sentencias, la situación de *riesgo social (47%)*; en treinta y cinco sentencias, la *situación legal* de los sentenciados (sobre todo los *antecedentes penales* que tuviera), que representa el 58%.
5. En siete sentencias se tomó en cuenta la *confesión sincera*, establecida en el artículo 136 del CPP (durante el proceso), de los que fueron sentenciados, equivalente a un 12%, para la disminución de la pena privativa de libertad. Así, por ejemplo, en un caso se fijó una pena menor en el autor del delito por haber confesado, mientras que al cómplice se le fijó una pena más elevada por haber tratado de desconocer el hecho pese a la existencia de pruebas. En ningún caso se encontró *factores no establecidos* en los artículos 45 y 46 del CP que se hayan tomado en cuenta para la determinación de la pena, por ejemplo, sustentos a través de otras ciencias como la biología, psicología, sociología, criminología, política criminal, siendo que casi en ningún caso analizado se tomó en cuenta la jurisprudencia aplicable al caso.
6. Otro de los aspectos legales que tomó en cuenta fue que en nueve sentencias se consideró el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal (*principio de lesividad*); en ese mismo sentido, en nueve sentencias el artículo VII (*principio de responsabilidad o culpabilidad*); en doce

sentencias, el artículo VIII (*proporcionalidad de las sanciones*); y en nueve sentencias, el artículo IX (*finés o funciones de la pena*). Del total de sentencias, por lo menos uno de estos aspectos legales fueron considerados en sesenta y ocho de ellas, que equivale al 68%.

7. Respecto de casos con valoración y ponderación de los factores o circunstancias fácticas y personales considerados en las sentencias condenatorias, se tomó en cuenta el mayor valor que guardan ante la concurrencia de dos o más factores, sobre todo saber cuál de ellos tiene predominancia sobre otro(s) en calidad de ponderación, a fin de tomar la justificación debida al momento de fijar la pena en concreta. Luego del estudio del caso en concreto, se tiene que en cincuenta y cuatro sentencias no se realizó ningún tipo de valoración, que representa el 90%; solo en tres sentencias (5%) se halló con *valoración casi completa*, donde si realmente tomó en cuenta el grado de valor que guardan los factores al momento de ser consideradas (siendo el Exp. N.º 625-04 la más completa); y, en tres sentencias (5%) con *aparente valoración*. En la mayoría de las sentencias no se encontró en ningún caso que se haya hecho la valoración y ponderación debida de ellos para determinar y graduar la pena, así como no señalaron cuál es el factor preponderante para arribar a la determinaron de la pena en concreta.
8. Respecto de la *fundamentación* en la fijación de las penas, se tomó en cuenta sobre todo, en mayor valor, el grado de motivación o sustento referente a la consideración y valoración de los factores o circunstancias (ponderación y razonamiento lógico-jurídico), pero otros aspectos de la sentencia (aportes críticos de cómo se llega a la pena a través del análisis de los hechos y un razonamiento lógico-jurídico, desarrollo de los hechos y la obtención de la prueba útiles al caso, mención de la doctrina, jurisprudencia, criterios científicos o extradogmático). Por lo que se puede señalar que, en ningún caso, se ha considerado o establecido que las sentencias estén *debidamente motivadas*; así tenemos que en veintiocho sentencias *se aproximan a ser consideradas como debidamente motivadas, que representa el 47%*, siendo uno ellos (Exp. N.º 625-04) la

más profunda y completa en justificar las valoraciones realizadas en lo que respecta a la motivación que llevaron a fijar la pena; en treinta y dos sentencias se consideran *medianamente motivadas* (53%); y en ningún caso se pudo considerar como que *no existiera motivación*.

9. Respecto de *motivación debida del porqué* se le impone una determinada cantidad de pena, en la mayoría de las sentencias se han considerado o tomado en cuenta las circunstancias fáctica y personales, pero no se encontró en ningún caso que se haya realizado la valoración y ponderación debida; mucho menos señalaron cuál de ellos predomina sobre los demás, es decir, no indicaron cuál es la razón justificadora que llevaron a fijar esa cantidad de pena. En las sesenta sentencias (100%) condenatorias, se observa que preponderantemente se consideran aspectos como la *apreciación de los hechos y pruebas*, de los que si se preocuparía por desarrollarlos en mayor grado, pero se aclara que no se hace una crítica al valor probatorio que le da el juzgador durante las actuaciones judiciales, porque en principio no es materia de investigación; de otro lado, se tiene que en cincuenta y siete sentencias (95%) se invoca o menciona que se aplicó el *criterio de conciencia* facultado por la ley.
10. En cuanto el criterio preponderante de una técnica para establecer o medir la cantidad de la pena, si bien se reconoce que (1) la individualización judicial de la pena es un proceso técnico que consiste en determinar el aspecto cuantitativo de la pena con afán explicativo y lógico y (2) se carece de un marco normativo que facilite o posibilite una técnica, en todas las sentencias revisadas se consideró la *identificación de la pena básica* establecida como fundamento para cada tipo penal, el *análisis de los hechos y el mérito de las pruebas, así como las circunstancias o factores que concurren al caso* (lo cual ya fue comentado en el punto anterior) como elementos que a partir de su valoración permitirían la graduación de la pena. De esta manera, en cincuenta y uno casos (85%) se señaló y en nueve (15%) sentencias no se señaló la expresión “la *cantidad del mínimo y máximo* de la pena establecida en cada tipo penal” como argumento para la medición de la pena (simple mención o

enumeración de los articulados que contienen los tipo base o norma penal aplicable, entendida como forma expresa o tácita de “que la conducta del acusado se adecúa al tipo penal descrito en un determinado artículo del CP”); desprendiéndose que, si bien es cierto que las penas establecidas se encuentran prescritas en el tipo penal señalado y que mencionarlos como punto de partida para la graduación de la pena en la sentencia resulta necesario, el trabajo de los jueces no debe quedar limitado únicamente a ello, sino obedece a que a ello se debería sumar o merituar las circunstancias fácticas o personales y aspectos personales del acusado para que dicho quantum se enmarque en uno de los mitades del tipo base. Otro aspecto a resaltar es que los aspectos que se haya considerado, así como el porqué esa cantidad de pena a imponer debería estar claramente descrita, a fin de que el sentenciado se informe sobre qué base se le aplica determinada cantidad de pena. En consecuencia, en ninguna sentencia se ha encontrado técnica especial alguna para la determinación de la pena.

## **CAPÍTULO IV**

### **PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN**

#### **4.1. Análisis y contrastación empírica de las hipótesis y variables**

En este capítulo, a partir de los datos obtenidos de la realidad examinada, se ha logrado determinar la corrección o refutación de las hipótesis de trabajo, para lo cual se ha considerado el valor aproximado de cada una de las variables de investigación.

##### **4.1.1. Contrastación con los datos obtenidos a través del instrumento encuesta**

###### **4.1.1.1 Contrastación con los datos obtenidos a través de las encuestas dirigidas a los jueces penales, auxiliares o secretarios judiciales y jueces penales**

###### **A) Universos**

- a) Jueces penales de Lima: jueces penales sumarios y ordinarios del Distrito Judicial.
- b) Secretarios judiciales: secretarios o auxiliares de los juzgados sumarios y ordinarios del Distrito Judicial de Lima.
- c) Abogados litigantes: los abogados litigantes en materia de penal en el Distrito Judicial de Lima.

###### **B) Muestras**

- a) Jueces penales: jueces penales sumarios en un número de treinta y uno (31) y jueces penales ordinarios en un número de once (11), con muestras suficientemente representativas.
- b) Secretarios Judiciales: secretarios o auxiliares de los juzgados sumarios en un número de cuarenta y nueve (49) y secretarios de los juzgados ordinarios en un número de cuarenta y cinco (45), con muestras suficientemente representativas.

- c) Abogados litigantes: abogados litigantes en materia de penal en un número de treinta y cuatro (34). Se escogió una muestra lo suficientemente representativa, pese a que se desconoce el número exacto de los elementos integrantes de este subconjunto.

#### 4.1.1.2 Contrastes con resultados de encuestas

##### A) Primer contraste

¿Cuáles son los criterios que Ud. considera que se toma en cuenta para la determinación de la pena privativa de libertad?

##### a) Hipótesis de trabajo 1

###### Hipótesis nula

Los criterios normativos así como las circunstancias fácticas y personales que deben tomar en cuenta los jueces penales al momento de determinar la pena deben ser sobre la base de leyes penales y extrapenales.

###### Hipótesis alternativa

Los criterios normativos así como las circunstancias fácticas y personales que deben tomar en cuenta los jueces penales al momento de determinar la pena deben ser sobre la base de leyes penales, partiendo como base de los artículos 45 y 46 del CP.



b) Cuadro 1: Resultado de encuestas 1

PREGUNTAS Y RESPUESTAS	Solo los artículos 45; 46; 46-A; 46-B, y 46-C del C. P	Además de los Arts. señalados en “a”, los que señala el tipo penal específico al caso	Además de los Arts. Señalados en “a”, los que señala el tipo penal y <i>leyes extrapenales</i> .	En algunos casos, además de “a”, se hace <i>aplicación difusa</i> (discrecionalidad judicial).	Otros
Jueces sumarios	3%	60%	17%	13%	7%
Jueces ordinarios	9%	64%	-	9%	18%
Auxiliares sumarios	16%	27%	13%	40%	4%
Auxiliares ordinarios	4%	31%	7%	49%	9%
Abogados	12%	33%	18%	30%	7%

c) Interpretación de resultados 1

- De los datos obtenidos, se aprecia que tanto los jueces sumarios (60%) y ordinarios (64%), quienes en la práctica realizan la decisión final en fijar la pena en concreto, responden mayoritariamente que la determinación de la pena se da sobre la base de los criterios normativos y circunstanciales establecidos en los artículos 45, 46, 46-A, 46-B y 46-C y los que señala cada tipo penal específico al caso.
- En caso de los auxiliares judiciales, los juzgados sumarios (40%) y ordinarios (49%) responden mayoritariamente que la determinación de la pena se da sobre la base de los criterios normativos y circunstanciales establecidos en los artículos 45, 46, 46-

A, 46-B y 46-C y con la aplicación difusa (como discrecionalidad del juez).

- El 33% de los abogados indica que la determinación de la pena se da sobre la base de los criterios normativos y circunstanciales establecidos en los artículos 45, 46, 46-A, 46-B y 46-C y los que señala cada tipo penal específico al caso, y un 30% sostiene que además de lo anterior, excepto el tipo penal específico, se considera también el control difuso.
- En síntesis, si se obtiene la media aritmética de las respuestas que admiten que la consideración se da sobre la base de las leyes penales, descartando por completo a los de extra penal, se tiene en promedio de 76% (jueces sumario), 82% (jueces ordinarios), 83% (auxiliares sumarios), 84% (auxiliares ordinarios) y 75% (los abogados). En ese sentido, la media aritmética de estos resultados parciales es de 86%.
- De esta información, en términos cualitativos se podría establecer que el nivel de aceptación de la consideración de los criterios precitados es muy alta.
- En consecuencia, se podría concluir que mayoritariamente en nivel muy alta, admite la consideración de los criterios normativos y circunstanciales establecidos en la ley penal, partiendo como base de los artículos 45 y 46 del CP.
- Siendo así, **se acepta la hipótesis alternativa y se rechaza la hipótesis nula.**

#### B) Segundo contraste

¿Qué es lo primordial que se debe tomar en cuenta al momento de la determinación judicial de la pena privativa de libertad?

a) Hipótesis de trabajo 2

Hipótesis nula

Los jueces penales al momento de determinar la pena privativa de libertad, en todos los casos, deben considerar primordialmente la condición socioeconómica, riesgo social y situación legal del imputado.

Hipótesis alternativa

Los jueces penales al momento de determinar la pena privativa de libertad, en cierta medida y en algunos casos, deben considerar primordialmente la condición socioeconómica, riesgo social y situación legal del imputado.

b) Cuadro 2: Resultado de encuestas 2

PREGUNTAS Y RESPUESTAS	La conducta ilícita del imputado	La conducta ilícita del imputado, en relación a su condición socioeconómica, riesgo social y situación legal	Dependerá de cada caso en concreto	Otros
Jueces sumarios	3%	61%	32%	4%
Jueces ordinarios	9%	27%	55%	9%
Auxiliares sumarios	16%	47%	33%	4%
Auxiliares ordinarios	24%	27%	44%	5%
Abogados	15%	53%	32%	-

c) Interpretación de resultados 2

- De la información procesada, se advierte que el 61% de los jueces sumarios y 27% de los jueces ordinarios refieren que, al momento de determinar la pena privativa

de libertad, deben considerar primordialmente la condición socioeconómica, riesgo social y situación legal del imputado; sin embargo, el 55% de los jueces ordinarios sostiene que dependerá de caso en concreto.

- Al mismo tiempo, los auxiliares sumarios y ordinarios, en 47% y 27% respectivamente, refieren que lo primordial para determinar la pena es la condición socioeconómica, riesgo social y situación legal del imputado; no obstante, el 44% de los auxiliares ordinarios sostienen que dependerá de caso en concreto
- Los abogados en forma mayoritaria (53%) sostienen que, al momento de determinar la pena privativa de libertad, deben considerar primordialmente la condición socioeconómica, riesgo social y situación legal del imputado.
- En síntesis, si se obtiene la media aritmética de las respuestas que admiten que deben considerar primordialmente la condición socioeconómica, riesgo social y situación legal del imputado en la determinación de la penal, se tiene en promedio de 43%.
- De esta información, en términos cualitativos se podría establecer que el nivel de aceptación de la consideración de los criterios precitados es baja.
- Se puede concluir, entonces, que los profesionales jurídicos minoritariamente, en nivel baja, sostienen, al momento de determinar la pena privativa de libertad, que se debe considerar primordialmente la condición socioeconómica, riesgo social y situación legal del imputado.
- Por consiguiente, se **acepta la hipótesis alternativa y se rechaza la hipótesis nula.**

C) Tercer contraste

¿Considera Ud. que se realiza una debida fundamentación (motivación) de las sentencias condenatorias penales, respecto a la determinación de la pena privativa de libertad?

a) Hipótesis de trabajo 3

Hipótesis nula

Existen debida fundamentación en las sentencias condenatorias en la determinación de la pena privativa de libertad.

Hipótesis alternativa

Existen deficiencias en la fundamentación en las sentencias condenatorias en la determinación de la pena privativa de libertad.

b) Cuadro 3: Resultado de encuestas 3

PREGUNTAS Y RESPUESTAS	Sí	Existe una deficiente fundamentación	Existe una aparente fundamentación	Son pocos los casos donde existe una <i>debida</i> fundamentación	Otros
Jueces sumarios	55%	3%	13%	29%	-
Jueces ordinarios	55%	-	18%	27%	-
Auxiliares sumarios	29%	8%	24%	39%	-
Auxiliares ordinarios	22%	20%	27%	31%	-
Abogados	0%	38%	3%	41%	18% (no existe)

c) Interpretación de resultado 3

- De los datos descritos, se advierte que el 55% de los jueces sumarios e igual porcentaje de jueces ordinarios refieren que sí existe debida fundamentación en sentencias condenatorias de pena privativa de libertad; sin embargo, el 45% al menos duda de la existencia de la fundamentación y aquello se observa en los criterios que toman en cuenta ante el resultado de la primera pregunta.
- Al mismo tiempo, en minoría, los auxiliares sumarios y ordinarios, en 29% y 22% respectivamente, sostienen que sí existe debida fundamentación en sentencias condenatorias de pena privativa de libertad; sin embargo, en forma mayoritaria, en un porcentaje de 71% y 78% respectivamente, admiten la duda de que exista una debida fundamentación.
- La mayoría de los jueces penales refiere que existe debida fundamentación en las sentencias, pero esta afirmación no es corroborada por los auxiliares judiciales ni por los abogados. Por lo que se puede concluir que estas respuestas de los jueces contienen alta carga subjetiva que resta objetividad a las mismas.
- Para los abogados no existe debida fundamentación en las sentencias penales.
- En síntesis, si se obtiene la media aritmética de las respuestas de los que al menos dudan de la existencia de la debida fundamentación, se tiene en promedio de 67,8%.
- De esta información, en términos cualificativos se podría establecer que el nivel de aceptación de que existe debida fundamentación en las sentencias penales es baja.

- Puede concluirse que, en las sentencias condenatorias de pena privativa de libertad, mayoritariamente los operadores jurídicos (en nivel baja) admiten que carecen de debida fundamentación.
- Por consiguiente, se **acepta la hipótesis alternativa y se rechaza la hipótesis nula.**

#### 4.1.2 Contrastación con los datos obtenidos en el estudio de las sentencias penales

##### 4.1.2.1 Contrastación con los datos obtenidos de las sentencias condenatorias de procesos sumarios y ordinarios

###### A) Universos

Se ha trabajado con las sentencias condenatorias de los procesos sumarios y ordinarios relativos a los años 2004 y 2005.

###### B) Muestras

Debido a que es difícil acceder a la determinación exacta de número de las sentencias condenatorias (no se cuenta con el número de registros de sentencias condenatorias, por ejemplo, si bien se ha revisado más de 700 expedientes en el Archivo Central del Poder Judicial, solo se ha encontrado 160 expedientes con sentencia condenatoria en ambos procesos y se ha tomado una muestra de 160 sentencias, a fin de conocer la consideración y valoración de los factores preponderantes y los criterios fáctico o personales en dichos casos.

- a) Sentencias de procesos sumarios : 100 sentencias
- b) Sentencias de procesos ordinarios: 60 sentencias

##### 4.1.2.2 Contrastes con resultados de las sentencias

###### A) Cuarto contraste

a) Hipótesis de trabajo 4

Hipótesis nula

Los jueces penales están omitiendo en considerar a los criterios generales establecidos en la ley penal y también a los instrumentos normativos como a los artículos 45, 46, 46-A, 46-B, 46-C del CP en la determinación judicial de la pena privativa de libertad.

Hipótesis alternativa

Los jueces penales vienen considerando y aplicando preponderantemente a los dispositivos normativos de los artículos 45, 46 del CP y a los criterios generales del grado de injusto y al grado de responsabilidad establecidos en la ley penal en la determinación judicial de la pena privativa de libertad.

b) Cuadro 4

Cuadro correspondiente a dispositivos normativos y criterios generales para determinar la pena

	Artículos 45, 46, 46-A, 46-B, 46-C del CP	Arts. 45° o 46° del CP	Grado de injusto	Grado de responsabilidad
Sentencias de procesos sumarios	0%	100%	100%	100%
Sentencias de procesos ordinarios	0%	100%	100%	100%

c) Interpretación de resultado 4

- En todas las sentencias revisadas se advierte el uso preponderante de los artículos 45 y 46 del CP indistintamente como instrumento normativo y, por ello,



son los que predominan en la aplicación de la pena privativa de libertad.

- Al mismo tiempo, en todas la sentencias revisadas se encontró que se hace uso de los criterios generales para la determinación e individualización de la pena, la *gravedad del injusto* (del hecho) y el *grado de responsabilidad*; siendo ellos la base sobre se analizan y evalúan todas las pruebas o hechos, a fin de llegar a la decisión final de la determinación de la pena privativa de libertad en concreto.
- De esta información, en términos cualificativos se podría establecer que el nivel de uso o consideración de los dispositivos precitados y de los criterios generales de determinación de la pena son muy altas.
- En ninguna de las sentencias analizadas se encontró que se haya hecho mención a los artículos 46-A (circunstancias agravantes por condición del sujeto activo), 46-B (reincidencia) y 46-C (habitualidad); en consecuencia, se puede afirmar que en ningún caso se consideró los criterios establecidas en dichos articulados.
- Se concluye, entonces, que se **acepta la hipótesis alternativa y se rechaza la hipótesis nula**.

## B) Quinto contraste

### a) Hipótesis de trabajo 5

#### Hipótesis nula

Los jueces penales, al momento de emitir las sentencias condenatorias de pena privativa de libertad, están considerando o mencionando de un modo completo y detallado las circunstancias fácticas referidas al hecho (tiempo, lugar, modo, ocasión, etc.) y las circunstancias o aspectos personales del autor (nivel de instrucción,

condiciones personales, situación social o económica, cultura y costumbres, etc.).

#### Hipótesis alternativa

Los jueces penales al momento de emitir las sentencias condenatorias de pena privativa de libertad están considerando de un modo genérico e incompleto a las circunstancias fácticas referidas al hecho (tiempo, lugar, modo, ocasión, etc.) y las circunstancias o aspectos personales al autor (nivel de instrucción, condiciones personales, situación social o económica, cultura y costumbres, etc.).

#### b) Cuadro 5

Cuadro correspondiente a la consideración de las circunstancias

	Mención completa	Mención casi completa	Mera mención	Sin mención
Sentencias del proceso sumario	0%	13%	80%	7%
Sentencias del proceso ordinario		12%	78%	10%

#### c) Interpretación de resultados 5

- En las sentencias del proceso sumario y ordinario, apenas en 13% y 12% respectivamente, se observa que se hace mención casi completa de las circunstancias específicas para la individualización judicial de la pena, las referidas al hecho y las circunstancias o aspectos personales al autor; sin embargo, el 80% y 78% respectivamente, advierte que se hace mera mención de los factores; en igual sentido, en 7% y 10% respectivamente, no formula ninguna mención.

- En síntesis, si se obtiene la media aritmética del resultado de los datos, en ambos tipos de sentencias, de “mención casi completa”, “mera mención” y “sin mención”, se tienen en promedio de 12,5%, 79% y 8,5% respectivamente.
- De esta información, en términos cualificativos se podría establecer que el nivel de consideración de las circunstancias en un caso concreto es muy baja.
- Por consiguiente, se concluye que el nivel de consideración de las circunstancias en un caso concreto es muy baja; en donde la mayoría solo hace una mera mención o no menciona dichos factores o circunstancias.
- Se concluye, por tanto, que se **acepta la hipótesis alternativa y se rechaza la hipótesis nula**.

#### C) Sexto contraste

##### a) Hipótesis de trabajo 6

###### Hipótesis nula

Los jueces penales, al momento de emitir las sentencias, de modo total y en todos los casos están considerando y valorando la conducta típica del inculpado en función de la condición socioeconómica, riesgo social y situación legal.

###### Hipótesis alternativa

Los jueces penales, al momento de determinar la pena privativa de libertad, solo en algunos casos y de modo parcial están considerando y valorando la conducta típica del inculpado en función a la condición socioeconómica, riesgo social y situación legal.

b) Cuadro 6

Cuadro correspondiente a la calificación de la conducta típica en función a su condición socioeconómica, riesgo social y situación legal

	Condición socioeconómica	Riesgo social	Situación legal
Sentencias de proceso sumarios	9%	2%	25%
Sentencias de proceso ordinarios	32%	47%	58%

c) Interpretación de resultado 6

- Se observa que el 9% de las sentencias de procesos sumarios considera la condición socioeconómica del inculcado, el 2% el riesgo social y un 25% la situación legal. Si se obtiene la media aritmética de estos factores, la consideración promedio es de 12%.
- Al mismo tiempo, se observa que un 32% de las sentencias de procesos ordinarios si considera la condición socioeconómica del inculcado, un 47% el riesgo social y un 58% la situación legal. Si sacamos la media aritmética de estos factores, la consideración promedio es de 46%.
- En síntesis, si se obtiene la media aritmética del resultado de los datos de consideración de los factores, en ambos tipos de sentencias, se tiene promedio porcentual de 29%.
- De esta información, en términos cualificativos se podría establecer que el nivel de consideración es baja.
- Entonces, se puede concluir que en los procesos penales el nivel de consideración es baja, en donde se observó que la mayoría, en promedio porcentual de 71%, no toma

en consideración la situación *socioeconómica, riesgo social y situación legal* de los sentenciados.

- Por consiguiente, se **acepta la hipótesis alternativa y se rechaza la hipótesis nula**.

D) Séptimo contraste

a) Hipótesis de trabajo 7

Hipótesis nula

Los jueces penales, al momento de emitir las sentencias condenatorias, solo se están limitándose a considerar a los dispositivos normativos y factores establecidos en los artículos 45°, 46°, 46°-A, 46°-B y 46°-C del CP.

Hipótesis alternativa

Los jueces penales, al momento de emitir las sentencias condenatorias, están considerando parcialmente otros dispositivos normativos y factores además de los establecidos en los artículos 45, 46, 46-A, 46-B y 46-C del CP.

b) Cuadro 7

Cuadro correspondiente a los criterios establecidos distintos a los de los artículos 45, 46-A, 46-B y 46-C del CP

	Artículo 136 del CPP (Confesión sincera )	Artículos del Título Preliminar del CP	Jurisprudencial u otros
Sentencias de procesos sumarios	9%	55%	0%
Sentencias de procesos ordinarios	12%	68%	0%

c) Interpretación de resultado 7

- En las sentencias de procesos sumarios y ordinarios, solo el 9% y 12% respectivamente tomó en cuenta la *confesión sincera* establecida en el artículo 136 del CPP (durante el proceso).
- Al mismo tiempo, la mayoría de las sentencias de procesos sumarios y ordinarios, un 55% y 68% respectivamente, advierte que al momento de emitir las sentencias condenatorias están considerando los instrumentos normativos y principios establecidos en los artículos del Título Preliminar del CP.
- En síntesis, si se obtiene la media aritmética del resultado de los datos parciales, en ambos tipos de sentencias, se tienen promedios porcentuales de 10,5% (artículo 136 del CPP) y 61,5% respectivamente. En el mismo sentido, si sacamos la media aritmética a estos resultados, la consideración promedio es de 36,5%.
- De esta información, en términos cualitativos se podría establecer que el nivel de consideración es baja.
- En ningún caso se encontró *factores no establecidos en la ley* que se hayan tomado en cuenta para la determinación de la pena, siendo que casi en ningún caso se tomó en cuenta la *jurisprudencia* aplicable al caso.
- En términos generales, se puede concluir que los jueces penales vienen considerando de un modo parcial y en menor proporción (en nivel baja) otros criterios ya no establecidos en los artículos en mención, por ejemplo, los principios establecidos en el Título Preliminar del CP y la confesión sincera del artículo 136 del CPP.
- Por tanto, se **acepta la hipótesis alternativa y se rechaza la hipótesis nula.**

E) Octavo contraste

a) Hipótesis de trabajo 8

Hipótesis nula

Los jueces penales al momento de emitir las sentencias condenatorias, ante la concurrencia de los factores establecidos en los artículos 45 y 46 del CP u otros que hayan sido considerados, realizan la valoración y ponderación debida de las mismas.

Hipótesis alternativa

Los jueces penales al momento de emitir las sentencias condenatorias, ante la concurrencia de los factores establecidos en los artículos 45 y 46 del CP u otros que hayan sido considerados, no realizan la valoración y ponderación debida de las mismas.

b) Cuadro 8

Cuadro correspondiente a la valoración y ponderación de los factores

	Valoración completa	Valoración casi completa	Aparente valoración	Sin valoración
Sentencias de procesos sumarios	0%	0%	13%	87%
Sentencias de procesos ordinarios	0%	5%	5%	90%

c)

Interpretación de resultado 8

- De los datos descritos, se advierte que en 87% de las sentencias de procesos sumarios carece de valoración y ponderación de los factores o circunstancias fácticas y personales para merituar la pena, establecidas en las

leyes penales (principalmente de los artículos 45 y 46 del CP.); y solo en 13% se da aparente valoración y ponderación de las mismas.

- Al mismo tiempo, en 90% de las sentencias de procesos ordinarios carece de valoración y ponderación de los factores o circunstancias fácticas y personales establecidas en las leyes penales; solo en 5% se da aparente valoración y ponderación; y, pero en un 5% se da *valoración casi completa* de las mismas.
- En síntesis, si se obtiene la media aritmética del resultado de los datos, en ambos tipos de sentencias, de “valoración casi completa”, aparente valoración” y “sin valoración”, se tienen en promedio porcentual de 2,5%, 9% y 88,5% respectivamente.
- De esta información, en términos cualificativos se podría establecer que el nivel de valoración es muy baja.
- Por estas consideraciones, podemos concluir que, el nivel de valoración es muy baja, donde en la mayoría de las sentencias no se encontró que se haya hecho la valoración y ponderación debida de las circunstancias fácticas y personales tomadas en el caso; por consiguiente, no señalaron cual es el factor preponderante para arribar a la determinación de la pena en concreta.
- Por consiguiente, se **acepta la hipótesis alternativa y se rechaza la hipótesis nula.**

F) Noveno contraste

a) Hipótesis de trabajo 9



### Hipótesis nula

Los jueces penales, al momento de determinar la pena privativa de libertad, emiten las sentencias condenatorias con la fundamentación o motivación debida con respecto a la consideración de los factores.

### Hipótesis alternativa

Los jueces penales, al momento de determinar la pena privativa de libertad, emiten las sentencias condenatorias con deficiencia en la fundamentación o motivación con respecto a la consideración de los factores.

#### b) Cuadro 9

Cuadro correspondiente a la motivación debida en las sentencias

	Debida motivación	Aproximación a la debida motivación	Mediana motivación	Aparente motivación
Sentencias de procesos sumarios	0%	16%	69%	15%
Sentencias de procesos ordinarios	0%	47%	53%	0%

#### c) Interpretación de resultado 9

- El 16% de las sentencias de procesos sumarios muestra que existe la aproximación a la debida motivación, es decir, el grado de fundamentación o sustento referente a la consideración y valoración de los factores o circunstancias con ponderación y razonamiento lógico-jurídico pertinente; un 69% señala mediana motivación; y un 15% aparente motivación.

- Al mismo tiempo, en el 47% de las sentencias de procesos ordinarios se observa aproximación a la debida motivación; y un 53% muestra mediana motivación. En ningún caso, se pudo considerar que *no existiera motivación*.
- En síntesis, si se obtiene la media aritmética del resultado de los datos, en ambos tipos de sentencias, de los indicadores *aproximación a la debida motivación*, *mediana motivación* y *aparente motivación*, se tienen en promedio porcentual de 31,5%, 61% y 7,5% respectivamente. En ningún caso se encontró *debida motivación*.
- De esta información, en términos cualificativos se podría establecer que el nivel de motivación es muy baja.
- Se puede concluir que el nivel motivación es muy baja, donde la mayoría de las sentencias no presentó la debida fundamentación ante la concurrencia de dos o más circunstancias fácticas y personales, así como la valoración de las mismas que motivó arribar a la determinaron de la pena en concreto, excepto una sentencia (Exp. N.º 625-04) que fue la más completa y profunda en justificar las valoraciones realizadas.
- Por consiguiente, se **acepta la hipótesis alternativa y se rechaza la hipótesis nula**.

G) Décimo contraste

a) Hipótesis de trabajo 10

Hipótesis nula

Los jueces penales, al momento de fijar el quantum de la pena privativa de libertad, exponen (o se basan) en un

argumento justificador del *porqué* se fijó esa cantidad de pena.

#### Hipótesis alternativa

Los jueces penales, al momento de fijar el quantum de la pena privativa de libertad, por lo general, se basan en la mera mención de la “*cantidad del mínimo y máximo* de la pena establecida en cada tipo penal” como argumento justificador para la medición de la pena.

#### b) Cuadro 10

Cuadro correspondiente a la motivación debida de *porqué* la cantidad de la pena

	Cantidad del <i>mínimo</i> y <i>máximo</i> de la pena establecida en cada tipo penal	Argumento justificador de <i>porqué</i>
Sentencias de procesos sumarios	95%	0%
Sentencias de procesos ordinarios	85%	0%

#### c) Interpretación de resultado 10

- De los datos descritos, se advierte que en 95% de las sentencias de procesos sumarios y en 84% de procesos ordinarios usan de un modo genérico la cantidad de *mínimo y máximo* de la pena establecida en cada tipo penal como argumento justificador en la medición de la pena.
- Si se obtiene la media aritmética del resultado de los datos, en ambos tipos de sentencias, se tienen en promedio porcentual de 90%.

- De esta información, en términos cualificativos se podría establecer que el nivel de uso de algún argumento justificador especial es muy baja.
- En ningún caso se encontró un argumento justificador *del porqué* se fijó esa cantidad de pena.
- Por consiguiente, se **acepta la hipótesis alternativa y se rechaza la hipótesis nula**.

#### H) Undécimo contraste

##### a) Hipótesis de trabajo 11

###### Hipótesis nula

Los jueces penales al momento de emitir las sentencias en estudio están usando un criterio técnico jurídico en especial para graduar o cuantificar la pena privativa de libertad.

###### Hipótesis alternativa

Los jueces penales al momento de emitir las sentencias en estudio no usan un criterio técnico jurídico en especial para graduar o cuantificar la pena privativa de libertad, por lo general, invocan *criterio de conciencia* y de apreciación general de los hechos y de las pruebas.

##### b) Cuadro 11

Cuadro correspondiente al uso de un criterio técnico jurídico

	Uso de un criterio técnico-jurídico	Criterio de conciencia	Apreciación de los hechos y pruebas
Sentencias de procesos sumarios	0%	95%	100%
Sentencias de procesos ordinarios	0%	95%	100%

c) Interpretación de resultado 11

- En las sentencias de procesos sumarios y ordinarios, en porcentajes iguales de 95%, se hace referencia al *criterio de conciencia*.
- Al mismo tiempo, tanto en las sentencias de procesos sumarios como en las de ordinarios, se advierte que al momento de emitir las sentencias condenatorias prepondera aspectos como la *apreciación de los hechos y pruebas*.
- En síntesis, si se obtiene la media aritmética del resultado de los datos, en ambos tipos de sentencias, de los indicadores *criterio de conciencia* y, *apreciación de los hechos y pruebas*, se tienen en promedio porcentual de 95% y 100% respectivamente.
- De esta información, en términos cualitativos se podría establecer que el nivel utilización es muy alta.
- En ningún caso, se encontró uso de un *criterio técnico jurídico* aplicable en la cuantificación de la pena privativa de libertad.
- Se concluye, entonces, que se **acepta la hipótesis alternativa y se rechaza la hipótesis nula**.

#### 4.2 Diseño de comprobación de las hipótesis de la investigación

A partir del contraste empírico de las hipótesis de trabajo con los datos obtenidos de la revisión de las sentencias y el resultado de las encuestas realizadas a los jueces y vocales penales del Distrito Judicial de Lima, secretarios o auxiliares y abogados patrocinadores ante procesos penales, además de la información doctrinaria, esta sección pretende estar en condiciones de comprobar y verificar la validez de las hipótesis con respuestas o soluciones posibles al problema de investigación.

#### 4.2.1. Primera hipótesis

H1. Preponderantemente se viene aplicando la pena sobre la base de los criterios establecidos en los artículos 45, 46, 46-A, 46-B y 46-C del Código Penal de un modo general; mas no existen consideración completa de las circunstancias fácticas o personales en las sentencias condenatorias; en *cuanto a la conducta del condenado*, son pocos los casos en donde se observan las condiciones socioeconómicas o de riesgo social, por ejemplo de los sujetos de las zonas rurales.

##### 4.2.1.1 Variables de estudio

###### A) Variables independientes

- i) Nivel de aplicación preponderante de los dispositivos normativos y criterios generales establecidos en los artículos 45, 46, 46-A, 46-B y 46-C del Código Penal (los indicadores serán los criterios señalados en estos artículos).

Según el periodo de la investigación, los artículos 45, 46 y 46-A no sufrieron variación alguna, es decir, dentro del ámbito normativo estas variables permanecieron estables (vigentes dentro del CP), sirviendo estos criterios para que los jueces penales se orienten y apliquen la determinación de la pena privativa de libertad, mientras que los artículos 46-B y 46-C sí han sufrido modificación.

- Los criterios normativos así como las circunstancias fácticas y personales que deben tomar en cuenta los jueces penales al momento de determinar la pena deben ser sobre la base de leyes penales, partiendo como base de los artículos 45 y 46 del CP (Hipótesis alternativa del primer contraste).

- Los jueces penales vienen considerando y aplicando preponderantemente a los dispositivos normativos de los artículos 45, 46 del CP y a los criterios generales del grado de injusto y al grado de responsabilidad establecidos en la ley penal en la determinación judicial de la pena privativa de libertad (Hipótesis alternativa del cuarto contraste).

#### En conclusión

De las encuestas. De esta información se puede concluir que mayoritariamente, en nivel muy alta, admite la consideración de los criterios normativos y circunstanciales establecidos en los artículos 45, 46 del CP.

De las sentencias. Al mismo tiempo, en todas la sentencias revisadas se encontró que se usan los criterios generales para la determinación e individualización de la pena, la *gravedad del injusto* (del hecho), el *grado de responsabilidad* y de los instrumentos normativos establecidos en los artículos 45 y 46 del CP; siendo ellos la base sobre la cual se analizan y evalúan todas las pruebas o hechos, a fin de llegar a la decisión final de la determinación de la pena privativa de libertad en concreto.

#### B) Variables dependientes

- i) Nivel de consideración de las circunstancias fácticas referidas al hecho (tiempo, lugar, modo, ocasión, etc.) y de circunstancias o aspectos personales del autor (nivel de instrucción, condiciones personales, situación económica o social, cultura y costumbres, etc.), establecidas en los artículos 45 y 46 del CP para determinar la pena privativa de libertad *en las sentencias condenatorias*.

Los jueces penales al momento de emitir las sentencias condenatorias de pena privativa de libertad están considerando de un modo genérico e incompleto a las circunstancias fácticas referidas al hecho (tiempo, lugar, modo, ocasión, etc.) y las circunstancias o aspectos personales al autor (nivel de instrucción, condiciones personales, situación económica o social, cultura y costumbres, etc.). (Hipótesis Alternativa del Quinto Contraste).

#### En conclusión

De las sentencias. De esta información se puede afirmar que el nivel de consideración de las circunstancias en un caso concreto es muy baja, donde la mayoría solo hace una mera mención y en otras no se realiza mención alguna sobre dichos factores.

- ii) Nivel de observación de la *conducta típica* del imputado en relación a su condición socioeconómica, riesgo social y situación legal (antecedentes penales, reincidencia, habitualidad, etc.).

Estas características han sido consideradas como las más importantes, al ser representativas para el interés del presente trabajo, las cuales también se encuentran en los artículos 45, 46 (incisos 8, 12 y 13); los mismos que, como se ha señalado, permanecen en dichos artículos sin haber sufrido modificación alguna, durante el periodo de investigación.

- Los jueces al momento de determinar la pena privativa de libertad, en cierta medida y en algunos casos, deben considerar primordialmente la condición socioeconómica, riesgo social y situación legal del imputado (Hipótesis alternativa del segundo contraste).



- Los jueces penales, al momento de determinar la pena privativa de libertad, solo en algunos casos y de modo parcial están considerando y valorando la conducta típica del inculpado en función a la condición socioeconómica, riesgo social y situación legal. (Hipótesis alternativa del sexto contraste).

En conclusión:

De las encuestas. Se puede concluir que los profesionales jurídicos mayoritariamente, en nivel baja, sostienen que al momento de determinar la pena privativa de libertad deben considerar primordialmente la condición socioeconómica, riesgo social y situación legal del imputado.

De las sentencias. Se puede concluir que en los procesos penales el nivel de consideración es baja, en donde se observó que la mayoría, en promedio porcentual de 71%, no toma en consideración la situación socioeconómica, riesgo social y situación legal de los sentenciados.

iii) *Factores preponderantes no establecidos en los artículos 45, 46, 46-A, 46-B y 46-C del CP para la determinación judicial de la pena privativa de libertad en las sentencias condenatorias (nuevas circunstancias, por ejemplo, discrecionalidad o criterio del juez penal).*

- Los jueces penales, al momento de emitir las sentencias condenatorias, están considerando parcialmente otros dispositivos normativos y factores además de los establecidos en los artículos 45, 46, 46-A, 46-B y 46-C del CP (Hipótesis alternativa del séptimo contraste).

En conclusión:

De las sentencias. En términos generales, los jueces penales vienen considerando de un modo parcial y en menor proporción, en nivel baja, otros criterios ya no establecidos en los artículos en mención, por ejemplo, los principios establecidos en el Título Preliminar del CP, la confesión sincera del artículo 136 del CPP; sin embargo, en ningún caso se encontró *factores no establecidos en la ley* que se hayan tomado en cuenta para la determinación de la pena, siendo también que en ningún caso se tomó en cuenta la *jurisprudencia* aplicable al caso.

#### 4.2.1.2 Sumario

En conclusión, la práctica judicial (lo que prima con objetividad son los datos o análisis recabada de las sentencias condenatorias), se basan preponderantemente, para la fijación de la pena privativa de libertad, en la aplicación de los criterios y factores establecidos en los artículos 45 y 46 del CP; en igual sentido, lo que se aproxima es la respuesta dada por los jueces penales, quienes finalmente son los que deciden las sentencias condenatorias. **En tal sentido, queda verificada la primera hipótesis formulada como parte de la solución del problema de la presente investigación.**

#### 4.2.2. Segunda hipótesis

H2. No existe una *fundamentación* debida en las sentencias condenatorias respecto de la determinación de la pena, debido a que los jueces penales *solo se refieren a la norma* sin establecer la valoración o ponderación real y concreta de los factores a quien se le impone la pena.

##### 4.2.2.1 Variables de estudio

A) Variables independientes

- i) Nivel de valoración o ponderación de los factores fáctico o personal considerado en el caso, ya sean los establecidos en los artículos 45 y 46 del CP u otros, al momento de determinar la pena en concreto en las sentencias condenatorias.
  - Los jueces penales al momento de emitir las sentencias condenatorias, ante la concurrencia de los factores establecidos en los artículos 45 y 46 del CP u otros que hayan sido considerados, no realizan la valoración y ponderación debida de las mismas (Hipótesis alternativa del octavo contraste).

En conclusión:

De las sentencias. Se puede concluir que el nivel de valoración y ponderación es muy baja; donde, en la mayoría de las sentencias no se encontró que se haya hecho la valoración y ponderación debida de las circunstancias fácticas y personales tomadas en el caso; por consiguiente, no señaló cuál es el factor preponderante para arribar a la determinaron de la pena en concreto.

## B) Variables dependientes

- i) Número de casos con la fundamentación debida en la consideración de las circunstancias o factores fácticos o personales en la determinación de la pena privativa de libertad en las sentencias condenatorias.

La fundamentación o motivación debida de las sentencias es un principio constitucional y normativo. Por tal razón, es de observancia obligatoria en todas las decisiones que emite el órgano jurisdiccional y con mayor razón al momento de

determinar el quantum de la pena privativa de libertad, ya que al restringir uno de los derechos fundamentales -la libertad de tránsito- merecen con toda claridad ser explicados y detallados los motivos por lo que arribaron a tal decisión, la cual no solo debe estar sustentada con argumentos en aspectos normativos o circunstancias fácticas o personales, sino a través del nivel o grado de razonamiento lógico jurídico que infirieron al motivo central del porqué llegar a esa cantidad de pena.

- Existen deficiencias en la fundamentación en las sentencias condenatorias en la determinación de la pena privativa de libertad (Hipótesis alternativa del tercer contraste).
- Los jueces penales, al momento de determinar la pena privativa de libertad, emiten las sentencias condenatorias con deficiencia en la fundamentación o motivación con respecto a la consideración de los factores (Hipótesis alternativa del noveno contraste).

En conclusión:

De las encuestas. Puede concluirse que, en las sentencias condenatorias de pena privativa de libertad, mayoritariamente los operadores jurídicos, en nivel baja, admiten que carecen de la debida fundamentación.

De las sentencias: se puede concluir que el nivel de motivación es muy baja; donde, en la mayoría de las sentencias no se encontró debida fundamentación ante la concurrencia de dos o más circunstancias fácticas y personales, así como la valoración de las mismas que motivó para arribar a la determinación de la pena en concreto, excepto en una sentencia (Exp. N.º 625-04) que fue la más completa y profunda en justificar las valoraciones realizadas.

#### 4.2.2.2 Sumario

En conclusión, la práctica judicial (sentencias condenatorias) carece de fundamentación o motivación casi totalmente, si bien en algunos casos son considerados los factores o circunstancias, los cuales no son valorados debidamente y mucho menos se percibe cuál de ellos se ha tomado con ponderación para la fijación de la pena privativa de libertad, a pesar de que los referidos por los jueces se contraponen a los de abogados, al de los especialistas y a la propia sentencias, y –por último– lo que prima con objetividad son los datos o análisis recabados de las sentencias condenatorias. Con las anotaciones descritas en el análisis realizado de las encuestas y sentencias, queda verificada al mismo tiempo la relación de dependencia de estas variables y, con ello, **queda comprobada nuestra segunda hipótesis.**

#### 4.2.3 Tercera hipótesis

H3. No existe el criterio de una técnica jurídica preponderante para establecer o medir la cantidad de la pena en las sentencias condenatorias al momento de graduar la pena. También se desconoce cómo se establece esta medición, debido a que los jueces penales solo se basan en la cantidad del *mínimo* y *máximo* de la pena establecida en cada tipo penal, además de no existir la *motivación debida* del porqué se le impone una determinada cantidad de pena.

##### 4.2.3.1 Variables de estudio

###### A) Variables independientes

- i) Número de casos que consideran “la *cantidad del mínimo y máximo* de la pena establecida en cada tipo penal”.
- ii) Número de casos que emplean la *motivación debida* del porqué se le impone una determinada cantidad de pena.

En este caso, la hipótesis de trabajo aceptada prueba indistintamente ambas variables, en este sentido:

- Los jueces penales, al momento de fijar la pena, solo consideran la *cantidad del mínimo o máximo de la pena establecida en cada tipo penal* como argumento justificador *del porqué* se fijó esa cantidad de pena privativa de libertad (Hipótesis alternativa del décimo contraste).

## B) Variables dependientes

- i) Número de casos donde se emplea criterios de una técnica jurídica para establecer o medir la cantidad de la pena, al momento de graduarla, en las sentencias condenatorias de pena privativa de libertad.

La determinación de los criterios técnico-jurídicos se ha establecido en el marco teórico, conforme a argumentos lógicos y recurriendo al argumento de los especialistas (argumento de *auctoritas*), procedente de la doctrina autorizada, cuyos opiniones se han consignado a través de citas bibliográficas en el marco teórico. Advirtiéndose, que si bien estos criterios o procedimientos no existe normativamente en la legislación peruana, pero eso no impide que los magistrados en la determinación e individualización de la pena dejen de observar las reglas de la lógica (operación mental); no obstante, solo se encontró que tradicionalmente operan o hacen simple mención tipo base *del mínimo o máximo* y del *criterio de conciencia*. A partir de ello, con las hipótesis de trabajo aceptadas y descritas en el análisis realizado para la segunda hipótesis, la verificación de la relación de dependencia de estas variables se aproxima a la aceptación debida; en ese sentido, merece acotar o reforzar estas posiciones con otras hipótesis de trabajo:

- Los jueces penales al momento de emitir las sentencias en estudio no usan un criterio técnico jurídico en especial para graduar o cuantificar la pena privativa de libertad, por lo general, invocan *criterio de conciencia* y de apreciación general de los hechos (Hipótesis alternativa del undécimo contraste).

En conclusión:

Respecto del análisis del resultado de las encuestas y de la muestra en las sentencias emitidas en los procesos penales sumarios y ordinarios, se ha encontrado que, en ninguna de las sentencias condenatorias mencionadas, se halló un criterio técnico -como procedimiento lógico- que todo magistrado haya empleado para graduar y cuantificar la pena, más bien puede indicarse que solo se limitaron a la identificación de la pena básica (establecida en cada tipo penal, mención simple del artículo), cita de los articulados, la mera mención de los factores o circunstancias, la del criterio de conciencia e indicación del mínimo y máximo.

#### 4.2.3.2 Sumario

En conclusión, en ningún caso se encontró uso de un *criterio técnico jurídico especial*, aplicable en la cuantificación de la pena privativa de libertad; más bien se encontró que señalan el *criterio de conciencia*, cita de los articulados e indicación del *máximo y mínimo*. Con las anotaciones descritas en el análisis realizado de las sentencias y con estas hipótesis de trabajo, se observa que la graduación de la cantidad de la pena privativa de libertad, en consideración de las circunstancias fácticas o personales, es deficiente y, con ello, **queda acreditada nuestra tercera hipótesis de investigación.**

De esta manera, quedan debidamente comprobadas metódica y rigurosamente las hipótesis, las mismas que fueron formuladas al empezar el presente trabajo como probables respuestas al problema planteado, luego de estudiar la realidad jurídico-social y detectar las deficiencias relativas a la determinación de los factores preponderantes en las sentencias condenatorias de la pena privativa de libertad.

En tal sentido, las hipótesis de investigación formuladas debidamente comprobadas, se convierten en **tesis** que describen la realidad de la aplicación de los factores preponderantes en la determinación de la pena privativa de libertad y la forma cómo se viene desarrollando el problema de la fundamentación de las sentencias penales al momento de cuantificar la pena.



## **CAPÍTULO V**

### **CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA DE *LEGE FERENDA***

Este capítulo muestra las conclusiones que se obtuvieron, a fin de dar respuesta a las preguntas de investigación y cumplir con el objetivo de la misma. En tal sentido, se planteará algunos puntos de recomendación.

#### **5.1 Conclusiones**

Dado que la determinación y valoración de las circunstancias o factores al momento de fijar la pena privativa es, en concreto, una función especial y humana del órgano jurisdiccional, requiere como tal de una búsqueda permanente de mejoramiento y superación de los obstáculos que pudiera afrontar en las circunstancias actuales de las entidades y servidores que comprenden. Estos impedimentos son de tipo operativo o técnico y necesitan un análisis más detallado de los hechos o casos que intervienen. Por esta razón, resulta perentorio que la Administración de la justicia precise de ciertas reformas internas, como la implementación de alguna técnica jurídica y sobre todo de material humano, a fin de desarrollar sus capacidades y mejorar la toma de decisiones al momento de individualizar la pena en concreto.

A modo de anticipación conclusiva de este Trabajo, se tiene que a nivel determinación *del hecho punible* y de *responsabilidad penal del imputado*, existen suficientemente argumentos jurídicos y fácticos que sustentan con alta confiabilidad, porque allí sí desarrollaron ampliamente los pasos para la acreditación de los hechos imputados al procesado. En cambio, se encuentra problemas o existe deficiencias a nivel de la determinación del *grado del injusto* y del *grado de responsabilidad* del imputado, fundamentalmente a nivel de concurrencias de circunstancias fácticas y personales (en la consideración de los factores), y en la parte resolutive, cuando se enuncia en el quantum de la pena sin argumento justificativo del por qué esa cantidad.

En este escenario, las conclusiones obtenidas en la investigación son las siguientes:

- Por lo general, los jueces penales preponderantemente vienen aplicando la pena sobre la base de los criterios normativos establecidos en los artículos 45, 46 del CP; y en igual sentido, en todos los casos se hace uso de los criterios generales para la determinación e individualización de la pena, la *gravedad del injusto* (del hecho) y el *grado de responsabilidad*.
- En la práctica, casi no se han aplicado los artículos 46-A, 46-B y 46-C del CP, en los casos en que lo hayan empleado se ha encontrado aplicaciones en menor porcentaje y de manera indirecta, vía citas o menciones del antecedente penal o legal del agente.
- Los artículos del Título Preliminar del CP (artículos I, IV, VII, VIII y IX) y la confesión sincera del artículo 136 del CPP son nombrados en menor proporción. Sin embargo, en ningún caso se encontró *factores no establecidos en la ley* que se hayan tomado en cuenta para la determinación de la pena, así como tampoco se halló en ningún caso la *jurisprudencia* aplicable al caso.
- Los jueces penales, en los casos que hayan considerado las circunstancias fácticas o personales del sentenciado, en su mayoría, solo hacen una mera mención y en otras las omiten por completo.
- En la mayoría de las sentencias no se encontró que se haya realizado la valoración y ponderación debida de las circunstancias fácticas y personales tomadas en el caso; por consiguiente, no se señaló cuál es el factor preponderante para arribar a la determinación de la pena en concreto.
- En la práctica judicial, fueron considerados en menor porcentaje la calificación de la conducta ilícita del agente en relación a su situación socioeconómica, el riesgo social y la situación legal como factores o

criterios para la determinación de la pena. Además, no se está manejando estos factores en su dimensión real, ya sea por falta de costumbre o por algún otro factor; por ejemplo, con los avances tecnológicos se generan cambios sociales que ocasionan giros en las relaciones sociales y, por ende, nuevas formas que pueden incidir en las necesidades económicas y producir algún nivel de riesgo social.

- En la mayoría de las sentencias no se encontró la debida fundamentación, ante la concurrencia de dos o más circunstancias fácticas o personales, excepto en una (Exp. N.º 625-04).
- En total de las sentencias no se encontró un argumento justificativo del porqué se le aplica esa cantidad de pena, mas solo limitándose como fundamento esencial y clásica de “apreciando los hechos y las pruebas y con *criterio de conciencia* que la ley autoriza o faculta”.
- La falta de motivación suficiente de los argumentos y la omisión o ausencia de un argumento justificativo del porqué de esa cantidad de pena atentaría la norma constitucional, ya que al determinar e imponer una pena privativa de libertad se restringe uno de los derechos fundamentales de la persona: la libertad de tránsito.
- No se puede hablar de la determinación de la pena en sentido estricto y a conciencia, pues hay ausencia de fundamentos sólidos e irrefutables.
- Metódicamente, casi en la totalidad de las sentencias condenatorias, no se usa un criterio técnico con razonamiento lógico que puede determinar y señalar aquello que permitió establecer esa cantidad de pena.
- Un aspecto importante encontrado en esta investigación es el intento de utilizar otro criterio: el de los fines de la pena en los procesos sumarios y ordinarios, el cual alcanzó 7.27% y 15.7%

respectivamente, casos al menos donde hayan hecho mención del aspecto normativo.

- Asimismo, es probable que los aspectos internos o externos que inciden o interfieren en la determinación real o correcta de la pena privativa de libertad por parte de los jueces penales sean múltiples; sin embargo, lo más resaltante es la carga procesal, ya que, frente al cúmulo de casos por resolver, los jueces no se dan tiempo necesario para analizar debidamente las materias en cuestión. Ha de indicarse también que uno de los aspectos que interfiere la decisión del magistrado es de índole externa como -por ejemplo- la presión de la prensa o de la población u opiniones políticas.

## **5.2 Recomendaciones**

En pos de un mayor grado de concientización sobre la importancia de llevar no solo la valoración y ponderación ante la concurrencia de dos o más circunstancias fácticas o personales, a través de un razonamiento correcto en la interpretación que arribe a un punto de criterio predominante y deje de lado la mala práctica de citas o meras menciones de ellas, se sugiere modificar y/o reestructurar los criterios de individualización de la pena en la norma sustantiva penal y de allí los patrones aplicativos actitudinales de los operadores jurídicos.

En tal escenario, una manera de lograr una correcta interpretación y valoración de cuestiones fácticas o circunstanciales de los operadores jurídicos es brindándoles la oportunidad de capacitación en la materia, generando así una cultura o costumbre y, en términos normativos, establecer disposiciones que delineen un parámetro técnico jurídico y aplicación de la misma como referente principal; por ejemplo, la aplicación del *sistema de tercios* o del *sistema de cuartos*, nuevas técnicas de determinación judicial de la pena, como esquema operativo, propuesta en el Anteproyecto de Código Penal de 2004 y del 2009 respectivamente, que consiste en el modelo basado de identificación de una pena básica dividida en tres tercios o cuatro cuartos, debiendo el juzgador fijar la pena concreta en uno de ellos, según concurren o no, exclusiva o

combinadamente, las circunstancias atenuantes o agravantes. En tal sentido, se recomienda modificar y/o reestructurar los artículos 45 y 46 del CP.

Respecto del poder político o Estado, se recomienda la elaboración de un programa de capacitación al personal asistente, secretarios y a los mismos magistrados del Poder Judicial, de tal manera que se defina un modelo de sentencias.

Asimismo, resulta importante implementar un sistema informático que registre todos los casos que se tramitan en los juzgados penales, sumarios y ordinarios, además de establecer modelos de sentencias condenatorias que puedan orientar a los jueces.

Por último, si bien este trabajo se realizó en el Distrito Judicial de Lima, los resultados pueden ser útiles para mejorar y superar la actual problemática de valoración e interpretación de los factores o circunstancias en la individualización judicial de la pena en concreto. Por extensión, en este punto, puede servir en la reflexión sobre el aparato estatal nacional y -ojalá- abrir nuevos derroteros de investigación.

Una anotación especial: si bien el Derecho está lleno de profesionales, en buena cuenta la mayoría carece del valor de la solidaridad. Este hecho es palpado cuando un aspirante a realizar un trabajo científico se encuentra con obstáculos de diferente índole, ya sea de tipo económico, temporal, factor humano. En tal sentido, resulta curioso –por llamarlo de algún modo- que uno de los obstáculos mayores proviene del personal que atiende los archivos, los cuales deberían estar al alcance de todo investigador.

Otro de los puntos a considerar es referente a la cantidad de expedientes hallados en el Archivo General del Poder Judicial de Lima. Así, en más de 700 expedientes revisados, apenas 100 poseen sentencias condenatorias y dentro de ellos solo en menor porcentaje son penas efectivas, mientras que casi 600 son archivados por otros causales.

### 5.3 Propuesta de *lege ferenda*

En primer momento, teniendo en cuenta las recomendaciones alcanzadas proponemos el siguiente texto, los contenidos de los artículos 43, 44, 45 y 46 del Anteproyecto del Código penal de 2004<sup>165</sup>, como sustitutorio de los artículos 45 y 46 del CP. Pero con especial, atinencia modificatoria parcial del contenido del artículo 44 del Anteproyecto en mención.

El artículo 44 del Anteproyecto del Código penal de 2004 tiene el siguiente texto:

*«Artículo 44.- INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA*

*Toda condena deberá contener una fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.*

*Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible, o modificatorias de la responsabilidad. El Juez determinará la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:*

- 1. Identificará la pena básica o espacio punitivo de determinación a partir de la pena fijada en la ley para el delito.*
- 2. Determinará la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes. Para ello, observará las reglas siguientes:*
  - a. Dividirá el espacio punitivo de la pena básica en tres partes.*
  - b. Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta deberá determinarse dentro del tercio inferior.*
  - c. Cuando concurran circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta deberá determinarse dentro del tercio intermedio.*

---

<sup>165</sup> Los textos de estos artículos se encuentran transcritos en las citas textuales de punto 2.11.4.2 Alcances sobre la individualización judicial de la pena en el Anteproyecto del Código Penal de 2009.

*d. Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta deberá determinarse dentro del tercio superior.*

*3. Cuando concurren circunstancias atenuantes o agravantes cualificadas, la pena concreta se determinará de la manera siguiente:*

*a. Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determinará por debajo del tercio inferior.*

*b. Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determinará por encima del tercio superior.*

*c. En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determinará dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito».*

Como segundo momento, siguiendo con las recomendaciones alcanzadas, proponemos el siguiente texto para el literal “c” del inciso “3” y añadir el inciso “4” en el artículo 44 del Anteproyecto del Código penal peruano de 2009:

«...c. En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determinará dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito. En el caso de persistir o preponderar la circunstancia de atenuación, la pena concreta se determinará dentro del tercio inferior; Cuando la concurrencia de las circunstancias de agravación y de atenuación son de equivalencia juicio de valor, la pena concreta deberá determinarse dentro del tercio intermedio; y, en caso de persistir o ponderar el fundamento cualificado de agravación, la pena concreta deberá determinarse dentro del tercio superior.

4. En una sentencia condenatoria la consideración o desconsideración asimismo la ponderación o juicio de valor a que arribe el juez sobre la(s) circunstancia(s), en la determinación cuantitativa de la pena, se expondrá de manera explícita y motivada en cada caso».

## BIBLIOGRAFÍA

### AUTORES NACIONALES

1. ASOCIACIÓN PERUANA DE ESTUDIOS DE INVESTIGACIONES PARA LA PAZ APEP. *Siete ensayos sobre la violencia en el Perú*. FUNDACIÓN FRIEDRICH EBERT. Editores Felipe Mc Gregor, S. J. y José Luis Rouillon, S. J. Lima, Perú, 174 pp.
2. CÓDIGO PENAL PERUANO 1991. Decreto Legislativo 635 de 8 de mayo de 1991. Jurista editores, edición septiembre 2010, Lima, Perú.
3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES 1940. Ley N.º 9024 de 16 enero de 1940. Jurista editores, edición septiembre 2010, Lima, Perú.
4. GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter; Carlos Mesía Ramírez. *Derechos humanos. Instrumentos internacionales y teoría. Compilación*. Edición oficial del Ministerio de Justicia, primera edición, Lima, Perú, editorial WG Editor E. I. R. L., 1995, 672 pp.
5. JURISTA EDITORES. Código penal. Nuevo código procesal penal. Código procesal penal. Código de procedimientos penales. Código de ejecución penal. Edición septiembre 2010, Lima, pp. 934.
6. MIXAN MASS, Florencio, *La Prueba en el Procedimiento Penal*. Editorial ediciones jurídicas, Lima, 1991.
7. NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*, editorial IDEMSA, Lima, 2010, 897 pp.
8. NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL 2004. Decreto Legislativo 957 del 29 de julio de 2004. Jurista editores, edición septiembre 2010, Lima, Perú.
9. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*. Primera edición, editorial IDEMSA, lima, 2010, 423 pp.



10. VALCÁRCEL, Luis E. *Etnohistoria del Perú Antiguo. Historia del Perú (Incas)*. Segunda edición, Lima, editorial departamento de publicaciones de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1964, 250 pp.

## **AUTORES EXTRANJEROS**

1. ALDEN MASON, J. *Las antiguas culturas del Perú*. Traducción de Margarita Villegas de Robles. Editorial fondo de cultura económica, México 1969, primera edición en inglés 1957, primera edición en español 1962, primera reimpresión 1969. Título original: "*The Ancient Civilizations of Peru*", 316 pp.
2. ARISTÓTELES. *Ética nicomaquea*. Versión, prólogo y notas de A. Gómez Robledo. *Colección Nuestros Clásicos*. Primera edición, México, dirección general de publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1957, pp.
3. BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Siglo veintiuno editores. Ensayo que reelabora en parte algunos de sus escritos publicados con anterioridad en diversas revistas, en los años 1972, 1975, 1976 y 1977. El volumen es también fruto de un curso impartido en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Bolonia en el año académico 1979-1980.
4. BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas (1764)*. Con el comentario de Voltaire y notas actuales, 1ª edición, Lima, editorial A. F. A. importadores S. A., 1993, 199 pp.
5. BERISTAIN, Antonio. *Política criminal contemporánea. Hoy y mañana*. Madrid, España, consejo general del poder judicial, 1999.

6. CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*. Tomo VI, 26ª edición revisada, actualizada y ampliada, Buenos Aires, Argentina, editorial HELIASTA S.R.L., 2001, 542 pp.
7. CATENACCI, Imerio Jorge. *Introducción al derecho, teoría general, argumentación y razonamiento jurídico*. Buenos Aires, Editorial ASTREA de Alfredo y Ricardo Depalma, 2001, 388 pp.
8. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención de la sanción penal*. Madrid, España, Editorial MAPFRE S. A., 1997, 220 pp.
9. CLAUS, Roxin. *Derecho penal, parte general, fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Tomo I, traducción de la 2ª edición alemana, notas por LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, DE VICENTE REMESAL, Javier. 1ª edición 1997, Madrid, España, editorial CIVITAS S. A., reimpresión 1999, 1071 pp.
10. COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad. Historia, teoría y metodología*. Valencia, España, editorial TIRANT LO BLANCH, 2006, 573 pp.
11. DEMETRIO CRESPO, Eduardo; Luís ARROYO ZAPATERO, Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ, Nicolás GARCÍA RIVAS, José Ramón SERRANO PIEDECASAS, Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, et al. *Curso de derecho penal. Parte general*. 2ª edición, adaptada a la reforma de 2010 del Código penal español, Barcelona, España, editorial ediciones experiencia S.L., 2010, 657 PP.
12. DONNA, Edgardo Alberto. *Teoría del delito y de la pena, fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad*. Tomo I, editorial ASTREA de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1ª edición 1992; 2ª edición actualizada y ampliada 1996, 2ª reimpresión 2003, 266 pp.

13. DONNA, Edgardo Alberto. *Teoría del delito y de la pena, imputación delictiva*. Tomo II, 1ª edición 1995, 2ª edición actualizada y ampliada 1996, Bs. As., Argentina, editorial ASTREA de Alfredo y Ricardo Depalma, 2ª reimpresión 2003, 408 pp.
14. FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Traducción Aurelio Garzón Del Camino, título original: *Surveiller et punir*, editorial gallimard, 1ª edición en 1975, 2ª reimpresión en 2002, Buenos Aires, editorial Siglo XXI editores argentina S. A (impresión en Argentina 2004), 314 pp.
15. GÜNTHER, Jakobs. *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. Segunda edición, Madrid, España, editorial Marcial Pons, ediciones jurídicas S. A., 1991 (impresión en España 1997), 1113 pp.
16. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el delito. Principios del Derecho penal*. 12ª edición, Buenos Aires, editorial sudamericana, 1981, 578 pp.
17. LA ROUSSE. *Gran diccionario de la lengua española*. Tomo I, prólogo de Francisco Rico, edición del año 2000, Barcelona, España, SPES EDITORIAL S. L., 134 pp.
18. LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I, Santiago, Chile, editorial jurídica de Chile (Editorial Universitaria S. A.), tercera edición. 1958, pp.
19. MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Quinta edición, Pamplona, España, editorial CIVITAS, 2011, 499 pp.
20. MESA VELASQUEZ, Luís Eduardo. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Medellín, Colombia, editorial Universidad de Antioquia, 1962, pp.
21. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 7ª edición, Barcelona, editorial reppertor, 2004, 781 pp.

22. MORRILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho penal. Ley penal.* 2a edición, Madrid, España, editorial DIKENSON S. L., 2010, 303 pp.
23. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general.* 6ª edición, revisada y puesta al día, Valencia, España, editorial tirant lo blanch, 2004, 622 pp.
24. PÉREZ MARTÍNEZ, María T. *Mecanismo de la conducta. Percepción, pensamiento, acción.* Impreso en España, una colección de ediciones Iberoamericanas QUORUM, 1987, 142 pp.
25. PLATÓN. *Gorgias.* Traducción, introducción y notas de Ángel J. Cappelletti, Eudeba/Colección Los Fundamentales. Buenos Aires, Argentina, editorial universitaria de Buenos Aires-Rivadavia, 220 pp.
26. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española.* Editorial ESPASA CALPE, edición escrita 1992, vigésima primera edición en CD-ROM. 1998.
27. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española.* Tomo II, vigésima segunda edición, Madrid, editorial ESPASA CALPE S. A. edición escrita 2001, acabado de imprimir en enero de 2002, 2368 pp.
28. Revista del INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS. *Derecho penal y criminología.* Universidad Externado de Colombia, volumen XXVI, N.º 79, setiembre – diciembre del 2005.
29. ROMERO SOTO, Julio. *Curso de sociología jurídica.* Bogotá, Colombia, ediciones librería del profesional, 2006, 377 pp.
30. ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El contrato social.* Lima, editorial mercurio S. A., 1750, pp.

31. ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*, traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde, 2ª edición 2000, 1ª reimpresión octubre del 2002, Argentina, editorial Hammurabi SRL, 123 pp.
32. ROXIN, Claus; BELOFF, Mary; MAGARIÑOS, Mario; S. ZIFFER, Patricia; BERTONI, Eduardo Andrés y RÍOS, Ramón Teodoro. *Determinación Judicial de la Pena*. Prólogo de Julio B. J. Maier, Buenos Aires, Argentina, editores del Puerto SRL, 1993, 141 pp.
33. TIEDEMANN, Klaus. *Constitución y derecho penal*. Editorial PALESTRA, Lima, Perú, 1ª edición 2003, 217 pp.
34. TOCORA, Fernando. *Política criminal contemporánea*. Santa Fe, Bogotá, editorial Temis S.A., 1997, 179 pp.
35. VILLALOBOS, Ignacio. *La crisis del Derecho penal en México*. En México, editorial Jus S. A., 1948, pp.
36. WOLFGANG, Naucke. *Derecho penal, una introducción*. Buenos Aires, Editorial ASTREA, de Alfredo y Ricardo Depalma SRL, 2002, 437 pp.
37. ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Jaén, España, editorial revista de derecho privado (EDERSA), 1979.

## **PÁGINA WEB**

1. ACUERDO PLENARIO N° 2-2010/CJ-116. VI pleno jurisdiccional de las salas penales permanente y transitoria de la Corte suprema del Perú. Lima, 16 de noviembre de 2010. Consultada en enero 2011, ver en la Web: [www.lozavalos.com.pe/alertainformativa](http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa).

2. ACUERDO PLENARIO N° 1-2008/CJ-116. VI pleno jurisdiccional de las Salas penales permanente, transitorias y especial de la Corte suprema del Perú. Lima, 18 de julio de 2008. Consultada en enero 2011, en la Web: [www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2008/setiembre/18/pleno\\_jurisdiccional.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2008/setiembre/18/pleno_jurisdiccional.pdf)
3. ACUERDO PLENARIO N° 4-2009/CJ-116. V pleno jurisdiccional de las Salas penales permanente, transitorias y especial de la Corte suprema del Perú. Lima, 13 de noviembre de 2009. *Jurisprudencia penal vinculante*, jurista editores, marzo 2010.
4. ACUERDO PLENARIO N° 5-2008/CJ-116. IV pleno jurisdiccional de las Salas penales permanente, transitorias y especial de la Corte suprema del Perú. Lima, 18 de julio de 2008. *Jurisprudencia penal vinculante*, jurista editores, marzo 2010.
5. ACUERDO PLENARIO N° 5-2009/CJ-116. V pleno jurisdiccional de las salas penales permanentes y transitorias de la Corte suprema de justicia del Perú. Lima, 13 de noviembre de 2009. Consultada en marzo de 2010 en Web: <http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/27inves.pdf>.
6. BERISTAIN, Antonio y NEUMAN, Elías. *Política criminal*. Consultado en junio 2008. Ver en web: <http://www.monografias.com/trabajos42/politica-criminal>, año 2005.
7. BERMÚDEZ TAPIA, Manuel. *La fragilidad de la política criminal y los derechos fundamentales en el sistema penitenciario peruano*. Consultada en noviembre 2009. Ver en <http://blog.pucp.edu.pe/item10842>, 18 de junio del 2007.
8. CÓDIGO PENAL ALEMÁN DE 1998. Traducida por LÓPEZ DÍAZ, Claudia; Universidad Externado de Colombia, primera edición, Bogotá, Colombia, 1999. Consultada en abril 2009, ver en la página Web: [www.usergioarboleda.edu.co/...penal/pdf/claudia\\_lopez\\_diaz\\_codigo\\_penal\\_aleman\\_traduccion\\_1998.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/...penal/pdf/claudia_lopez_diaz_codigo_penal_aleman_traduccion_1998.pdf).

9. CÓDIGO PENAL DE COSTA RICA. Vigencia desde el 15 de mayo de 1971, actualizado el 26 de febrero de 2002, Consultada en abril 2009, en la página Web: [http://www.oas.org/jurídico/MLA/sp/cri/sp\\_cri-int-lex](http://www.oas.org/jurídico/MLA/sp/cri/sp_cri-int-lex).
10. CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA. Consultada en abril 2009, en la página Web: <http://www.carlosparma.com.ar/pdfs/proyecto%20codigo%20penal%5B1%5D.pdf>.
11. CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1995. Edición: departamento de programación editorial, documentación e información del boletín oficial del Estado, Trigésima segunda edición, mayo 2007 Consultada en abril 2009, en la página Web: [http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho\\_penal/CODIGO\\_ESPANOL](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/CODIGO_ESPANOL).
12. CÓDIGO PENAL FEDERAL DE MÉXICO. Cámara de diputados del H. congreso de la unión, última reforma publicada DOF 26-06-2008. Consultada en abril 2009, en la página Web: [http://www.oas.org/juridico/Mla/sp/mex/sp\\_mex-int-text-cp.pdf](http://www.oas.org/juridico/Mla/sp/mex/sp_mex-int-text-cp.pdf).
13. CÓDIGO PENAL FRANCÉS. MISE A JOUR LEGIFRANCE A jour au 15 septembre 2003. Consultada en abril 2009, en la página Web: [http://www.legifrance.gouv.fr/HTML/codes\\_traduits/penal\\_textE.htm](http://www.legifrance.gouv.fr/HTML/codes_traduits/penal_textE.htm).
14. Enciclopedia Libre de Wikipedia. Castigo, en <http://es.wikipedia.org/wiki/Castigo>, última modificación 20 de agosto del 2008 (Wikimedia Fundation, Inc.).
15. DURÁN, Mario. *Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional*. E. Política criminal, N° 8, 2009, A1-8, pp. 1-24. Consultada en marzo 2011, en la Web: [http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_1\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_1_8.pdf).
16. ESCOBAR-CÓRDOBA, Federico. *La esquivia definición del derecho a la luz de los códigos mesopotámicos*. Editotial Vniversitas. Bogotá, Colombia N°

117, julio-diciembre de 2008, pp. 65-114. Consultado en diciembre 2010. En la web: [http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C\\_Juridicas/pub\\_rev/documents/03Iaesquivadefinicion\\_005.pdf](http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/03Iaesquivadefinicion_005.pdf).

17. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena*. INDRET. Revista para el análisis del Derecho, enero 2007, 1, Barcelona, 15 pp. Consultado en enero 2011, en la Web: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/78725/102801>.
18. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Algunas reflexiones sobre la antijuridicidad del delito y las penas privativas de la libertad a la luz de la teoría del derecho*, en biblioteca jurídica virtual, revista jurídica, boletín mexicano de derecho comparado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008. Consultada en enero 2009. Ver en la web: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/87/art/art6.htm>.
19. FIGUEROA NAVARRO, Aldo. *La reforma judicial de la determinación judicial de la pena*. Consulta: 19 de febrero del 2009. Ver en: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf>.
20. FUSTEL DE COULANGES, Numa D. *La ciudad antigua* (1864). Consulta: marzo de 2008. Web: <<http://jorge-andrade.blogspot.com/2007/11/libros-la-ciudad-antigua>>.
21. Historia: docs: [M.] FOUCAULT. *Vigilar y Castigar. Una visión crítica de la civilización europea*". Consultada en marzo de 2008. Web: <http://www.mgar.net/docs/foucault.htm>.
22. MERA PALOMINO, Carlos Rodrigo. *Determinación de la Pena*. Artículos de estafeta jurídica virtual, Academia de la Magistratura del Perú, publicado el 6 de diciembre de 2007. Consulta: 10 de febrero de 2009. Ver en:



<http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=758>.

23. MORENO, Ángel. Ver sobre el tema de *sociología* en <http://www.monografias.com/trabajos10/soci/soci.shtml> (aparece comentarios de este trabajo, en la misma página, desde febrero del año 2007).
24. OLMO, P. Oliver. *Origen y evolución histórica de la pena de prisión*. Edición 2000. 17 pp. Consultada en noviembre del 2008, en la Web: [www.uclm.es/profesoradO/poliver/pdf/desorden/historiaPrisión.pdf](http://www.uclm.es/profesoradO/poliver/pdf/desorden/historiaPrisión.pdf).
25. OLMO, Pedro Oliver. *La cárcel y el control del delito en Navarra entre el Antiguo Régimen y el Estado liberal*. Tesis doctoral, Universidad del País Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1999, 351 pp. Consultada en noviembre de 2008: Web: [www.uclm.es/profesoradO/poliver/](http://www.uclm.es/profesoradO/poliver/).
26. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Determinación judicial de la pena. Seminario taller: Nuevos criterios para la determinación judicial de la pena*, Sala penal permanente de la Corte Suprema. Lima, Perú, impreso en los talleres gráficos de editora jurídica grijley, abril 2008.
27. Revista Derecho y Humanidades. Propuesta Editorial numero 15: El Castigo. Consultada en marzo de 2009, en la pág web: <http://www.csociales.uchile.cl/noticias/2009/doc/Propuesta%20Editorial%20EI%20Castigo.pdf>.
28. RODRÍGUEZ PÉREZ DE AGREGA, Gabriel. *El concepto de pena*. En Cuba. Revisada el 19 de septiembre de 2008. Ver en web: <http://www.monografias.com/trabajos48/concepto-pena-cuba>.
29. RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos (Consorcio Justicia Viva, Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Defensa Legal, N.º 211, 19 de setiembre del 2005). *La mejor política criminal es una buena política social*.

Consultada en noviembre de 2009. Ver en <http://www.justiciaviva.org.pe/justicialmail/jm0211.htm>.

30. SALAZAR CÁCERES, Carlos Gabriel. *Breve historia de la Cárcel*. Revista electrónica del CESJ N.º 138-45. Consultada en marzo de 2009, en la pág. Web:  
<http://nemoestudio.com/sociojuridico.com/articulos/Breve%20Historia%20de%20la%20Carcel.pdf>.
31. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*. INDRET. Revista para el análisis del Derecho, abril 2007, 2, Barcelona, 15 pp. Consultado en enero 2011, en la Web: [http://www.indret.com/pdf/426\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/426_es.pdf).
32. STARTARI, Agustín V. *El código de Hammurabi es el primer conjunto de leyes de la historia. En él Hammurabi enumera las leyes que ha recibido del dios Marduk para fomentar el bienestar entre las gentes*. Consultado en diciembre 2010. Ver en la Web: [http://materialesparahistoria.blogspot.com/2007/07/el-codigo-de-hammurabi\\_08.html](http://materialesparahistoria.blogspot.com/2007/07/el-codigo-de-hammurabi_08.html).
33. THOMPSON, José. *Garantías constitucionales en la administración de la justicia*. Consultada en marzo de 2009. Ver en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/10/dtr/dtr4.pdf>.
34. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Los criterios de determinación de la pena en el c. p. peruano de 1991*. Profesor titular y emérito de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Colombia. Consultada en junio 2009. Ver en <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/html/artvel1.htm>, contacto en Suiza: Prof. Dr José Hurtado Pozo. Año 1999.

# **ANEXOS**

# **ANEXO 1**

## Anexo 1. Modelo de encuestas

### 1. Modelo de encuesta semiabierta a abogados

Lea atentamente las preguntas planteadas y responda con objetividad marcando con un aspa (x) la respuesta que Ud. considere correcta:

1. Cuáles son los criterios que Ud. considera que se toma en cuenta para la determinación de la pena privativa de libertad.
  - A) Solo los artículos 45; 46; 46-A; 46-B, y 46-C del CP.
  - B) Además de los Arts. mencionados en “a”, los que señala el tipo penal específico al caso.
  - C) Además de los Arts. mencionados en “a”, los que señala el tipo penal y leyes *extrapenales*.
  - D) En algunos casos, además de “a”, se hace *aplicación difusa* (discrecionalidad judicial).
  - E) Otro: especifique.
  
2. Considera Ud. que se realiza una debida fundamentación (motivación) de las sentencias condenatorias penales, respecto de la determinación de la pena privativa de libertad.
  - A) Si existe una fundamentación.
  - B) No existe una fundamentación.
  - C) Existe una deficiente fundamentación.
  - D) Existe una aparente fundamentación.
  - E) Son pocos los casos donde existe una *debida* fundamentación.
  - F) Otro: especifique.
  
3. Según su experiencia y conocimiento, considera Ud. que la determinación de la *pena privativa de libertad*, ha sido proporcional con la *lesión al bien jurídico*.

- A) Es desproporcional, porque las penas son demasiada altas.
  - B) Es desproporcional, porque las penas son demasiada bajas.
  - C) Es proporcionalmente adecuada.
  - D) Solo en ciertos casos es proporcionalmente adecuada.
  - E) Otro: especifique.
4. Según Ud., existe *uniformidad* en la determinación de las penas privativas de libertad en los juzgados penales sumarios de Lima.
- A) Sí, existe uniformidad.
  - B) No existe uniformidad, en general.
  - C) No tendría porque existir uniformidad, ya que cada caso es diferente.
  - D) No existe uniformidad, porque cada quien sigue su propio criterio.
  - E) Otro: especifique.
5. Ante los nuevos *cambios sociales* (modernidad), al momento de la determinación de la pena privativa de libertad, ¿se toma en cuenta este cambio social como influencia de la conducta humana?
- A) Sí.
  - B) No, porque todo está contemplado en la ley penal.
  - C) Sí, porque es conocido que los cambios sociales modernos influyen en la conducta.
  - D) Otro: especifique.
6. Considera Ud. que la aplicación de la pena privativa de libertad (suspendida y efectiva, así como en su máximo y mínimo) siempre debe estar definida en la ley.
- A) Sí.
  - B) No.
  - C) Sí, caso contrario, se procedería de manera arbitraria (por el principio de legalidad).
  - D) No, porque debe estar a criterio de conciencia del juez penal.

E) Otro: especifique.

7. Qué es lo *primordial* que se debe tomar en cuenta al momento de la determinación judicial de la pena privativa de libertad.

A) La conducta ilícita del imputado.

B) La conducta ilícita del imputado, en relación a su condición socio-económica, riesgo social y situación legal.

C) Dependerá de cada caso en concreto.

D) Otro: especifique.

8. Para la determinación de la pena privativa de libertad, cuál es el criterio primordial que toma en cuenta como parte del *fin de la pena*.

A) Mensaje a la sociedad.

B) Prevención para la no comisión de más delitos.

C) Prevención general.

D) Prevención especial.

E) Otro: especifique.

9. Cree Ud. que la carga procesal que afrontan los juzgados penales sumarios de Lima sea un impedimento para la aplicación debida de la pena privativa de libertad.

A) Sí.

B) Sí, porque no se realiza un verdadero estudio por atender tantos otros casos.

C) No.

D) No, porque nunca fue un impedimento.

E) Otro: especifique.

10. A su sugerencia, cómo se debe determinar la pena privativa de libertad, ante los casos existentes y los nuevos cambios sociales.

- A) Por el *estudio social de la conducta del imputado* (a través de las pericias e informes).
- B) Con nuevos jueces y especialistas o secretarios judiciales, capacitados en técnicas de interpretación que tengan en cuenta la realidad dinámica y tecnológicamente avanzada.
- C) Otro: especifique.

11. En algunos casos, influye la presión de la prensa, la población u opiniones políticas en la determinación de la pena privativa de libertad.

- A) Sí.
- B) No.
- C) Otro: especifique.

## **2. Modelo de encuesta semiabierta a secretarios o auxiliares de juzgados penales**

Lea atentamente las preguntas planteadas y responda con objetividad marcando con un aspa (x) la respuesta que Ud. considere correcta:

1. Cuáles son los criterios que Ud. considera que se toma en cuenta para la determinación de la pena privativa de libertad.

- A) Solo los artículos 45; 46; 46-A; 46-B, y 46-C del CP.
  - B) Además de los Arts. mencionados en “a”, los que señala el tipo penal específico al caso.
  - C) Además de los Arts. mencionados en “a”, los que señala el tipo penal y leyes *extrapenales*.
  - D) En algunos casos, además de “a”, se hace *aplicación difusa* (discrecionalidad judicial).
  - E) Otro: especifique.
-



2. Considera Ud. que se realiza una debida fundamentación (motivación) de las sentencias condenatorias penales, respecto de la determinación de la pena privativa de libertad.

A) Si existe una fundamentación.  
B) Existe una deficiente fundamentación.  
C) Existe una aparente fundamentación.  
D) Son pocos los casos donde existe una *debida* fundamentación.  
E) Otro: especifique.

---

3. Según su experiencia y conocimiento, considera Ud. que la determinación de la *pena privativa de libertad*, ha sido proporcional con la *lesión al bien jurídico*.

A) Es desproporcional, porque las penas son demasiada altas.  
B) Es desproporcional, porque las penas son demasiada bajas.  
C) Es proporcionalmente adecuada.  
D) Solo en ciertos casos es proporcionalmente adecuada.  
E) Otro: especifique.

---

4. Según Ud., existe *uniformidad* en la determinación de las penas privativas de libertad en los juzgados penales sumarios de Lima.

A) Sí, existe uniformidad.  
B) No existe uniformidad, en general.  
C) No tendría porque existir uniformidad, ya que cada caso es diferente.  
D) No existe uniformidad, porque cada quien sigue su propio criterio.  
E) Otro: especifique.

---

5. Ante los nuevos *cambios sociales* (modernidad), al momento de la determinación de la pena privativa de libertad, ¿se toma en cuenta este cambio social como influencia de la conducta humana?

- A) Sí.
  - B) No, porque todo está contemplado en la ley penal.
  - C) Sí, porque es conocido que los cambios sociales modernos influyen en la conducta.
  - D) Otro: especifique.
- 

6. Considera Ud. que la aplicación de la pena privativa de libertad (suspendida y efectiva, así como en su máximo y mínimo) siempre debe estar definida en la ley.

- A) Sí.
  - B) No.
  - C) Sí, caso contrario, se procedería de manera arbitraria (por el principio de legalidad).
  - D) No, porque debe estar a criterio de conciencia del juez penal.
  - E) Otro: especifique.
- 

7. Qué es lo *primordial* que se debe tomar en cuenta al momento de la determinación judicial de la pena privativa de libertad.

- A) La conducta ilícita del imputado.
  - B) La conducta ilícita del imputado, en relación a su condición socio-económica, riesgo social y situación legal.
  - C) Dependerá de cada caso en concreto.
  - D) Otro: especifique.
-

8. Para la determinación de la pena privativa de libertad, cuál es el criterio primordial que toma en cuenta como parte del *fin de la pena*.

- A) Mensaje a la sociedad.
  - B) Prevención para la no comisión de más delitos.
  - C) Prevención general.
  - D) Prevención especial.
  - E) Otro: especifique.
- 

9. Cree Ud. que la carga procesal que afrontan los juzgados penales sumarios de Lima sea un impedimento para la aplicación debida de la pena privativa de libertad.

- A) Sí.
  - B) Sí, porque no se realiza un verdadero estudio por atender tantos otros casos.
  - C) No.
  - D) No, porque nunca fue un impedimento.
  - E) Otro: especifique.
- 

10. A su sugerencia, cómo se debe determinar la pena privativa de libertad, ante los casos existentes y los nuevos cambios sociales.

- A) Por el *estudio social de la conducta del imputado* (a través de las pericias e informes).
  - B) Con nuevos jueces y especialistas o secretarios judiciales, capacitados en técnicas de interpretación que tengan en cuenta la realidad dinámica y tecnológicamente avanzada.
  - C) Otro: especifique.
-

11. En algunos casos, influye la presión de la prensa, la población u opiniones políticas, en la determinación de la pena privativa de libertad.

- A) Sí.
  - B) No.
  - C) Otro: especifique.
- 

### 3. Modelo de encuesta a jueces penales sumarios y ordinarios

#### ENCUESTA SEMIABIERTA

#### (JUECES PENALES)

Lea atentamente las preguntas planteadas y responda con objetividad marcando con un aspa (x) la respuesta que Ud. considere correcta:

1. Cuáles son los criterios que Ud. considera que se toma en cuenta para la determinación en cuanto a la cantidad (quantum) de la pena privativa de libertad.

- A) Solo los artículos 45; 46; 46-A; 46-B, y 46-C del CP.
  - B) Además de los Arts. mencionados en “a”, los que señala el tipo penal específico al caso.
  - C) Además de los Arts. mencionados en “a”, los que señala el tipo penal y leyes *extrapenales*.
  - D) En algunos casos, además de “a”, se hace *aplicación difusa* (discrecionalidad judicial).
  - E) Otro: especifique.
- 

2. Considera Ud. que se realiza una debida fundamentación (motivación) de las sentencias condenatorias penales, respecto de la determinación de la pena privativa de libertad.

- A) Si existe una fundamentación.
  - B) Existe una deficiente fundamentación.
  - C) Existe una aparente fundamentación.
  - D) Son pocos los casos donde existe una *debida* fundamentación.
  - E) Otro: especifique.
- 

3. Según su experiencia y conocimiento, considera Ud. que la determinación de la *pena privativa de libertad*, ha sido proporcional con la *lesión al bien jurídico*.

- A) Es desproporcional, porque las penas son demasiada altas.
  - B) Es desproporcional, porque las penas son demasiada bajas.
  - C) Es proporcionalmente adecuada.
  - D) Solo en ciertos casos es proporcionalmente adecuada.
  - E) Otro: especifique.
- 

4. Según Ud., existe *uniformidad* en la determinación de las penas privativas de libertad en los juzgados penales sumarios de Lima.

- A) Sí, existe uniformidad.
  - B) No existe uniformidad, en general.
  - C) No tendría porque existir uniformidad, ya que cada caso es diferente.
  - D) No existe uniformidad, porque cada quien sigue su propio criterio.
  - E) Otro: especifique.
- 

5. Ante los nuevos *cambios sociales* (modernidad), al momento de la determinación de la pena privativa de libertad, ¿se toma en cuenta este cambio social como influencia de la conducta humana?

- A) Sí.

- B) No, porque todo está contemplado en la ley penal.
  - C) Sí, porque es conocido que los cambios sociales modernos influyen en la conducta.
  - D) Otro: especifique.
- 

6. Considera Ud. que la aplicación de la pena privativa de libertad (suspendida y efectiva, así como en su máximo y mínimo) siempre debe estar definida en la ley.

- A) Sí.
  - B) No.
  - C) Sí, caso contrario, se procedería de manera arbitraria (por el principio de legalidad).
  - D) No, porque debe estar a criterio de conciencia del juez penal.
  - E) Otro: especifique.
- 

7. Qué es lo *primordial* que se debe tomar en cuenta al momento de la determinación judicial de la pena privativa de libertad.

- A) La conducta ilícita del imputado.
  - B) La conducta ilícita del imputado, en relación a su condición socio-económica, riesgo social y situación legal.
  - C) Dependerá de cada caso en concreto.
  - D) Otro: especifique.
- 

8. Para la determinación de la pena privativa de libertad, cuál es el criterio primordial que toma en cuenta como parte del *fin de la pena*.

- A) Mensaje a la sociedad.
- B) Prevención para la no comisión de más delitos.
- C) Prevención general.

D) Prevención especial.

E) Otro: especifique.

---

9. Cree Ud. que la carga procesal que afrontan los juzgados penales sumarios de Lima sea un impedimento para la aplicación debida de la pena privativa de libertad.

A) Sí.

B) Sí, porque no se realiza un verdadero estudio por atender tantos otros casos.

C) No.

D) No, porque nunca fue un impedimento.

E) Otro: especifique.

---

10. A su sugerencia, cómo se debe determinar la pena privativa de libertad, ante los casos existentes y los nuevos cambios sociales.

A) Por el *estudio social de la conducta del imputado* (a través de las pericias e informes).

B) Con nuevos jueces y especialistas o secretarios judiciales, capacitados en técnicas de interpretación que tengan en cuenta la realidad dinámica y tecnológicamente avanzada.

C) Otro: especifique.

---

11. En algunos casos, influye la presión de la prensa, la población u opiniones políticas, en la determinación de la pena privativa de libertad.

A) Sí.

B) No.

C) Otro: especifique.

---

12. En qué casos se debe aplicar la pena privativa de libertad.
- A) Solo para delitos graves
  - B) Solo para delitos medianos y graves.
  - C) Para delitos leves, medianos y graves.
  - D) Dependiendo del mensaje que se quiera dar a la sociedad.
  - E) Otro: especifique.
- 
13. Qué penas alternativas a la pena privativa de libertad se pueden aplicar en nuestro medio.
- A) Multa.
  - B) Con trabajos.
  - C) Solo “a” o “b”, pero en casos de penas leves y medianas, no para penas graves.
  - D) Otro: especifique.
- 
14. Considera que nuestra sociedad es muy violenta por lo que debe aplicarse necesaria y efectivamente la pena privativa de libertad.
- A) Sí, porque es muy violenta.
  - B) No porque no es muy violenta.
  - C) Es muy violenta y conflictiva.
  - D) Otro: especifique.
15. A su criterio porqué considera que el Poder Judicial tiene poca aprobación de la población.
- A) En realidad, es un problema de todo el sistema de justicia.
  - B) Por la corrupción.
  - C) Por la demora en los casos (por la excesiva carga procesal).
  - D) Otro: especifique.



16. Para la dación de políticas criminales, respecto de la promulgación de leyes penales en cuanto a la existencia de nuevos delitos, o en la disminución o aumento de las penas, quiénes considera que deben participar en las mismas.
- A) Solo el Poder Judicial.
  - B) Solo el Poder Ejecutivo.
  - C) Solo el Poder Legislativo.
  - D) Solo el Ministerio Público.
  - E) El Poder Judicial, el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Ministerio Público.
  - F) De “e” con la participación de otras entidades públicas y privadas, así como la población.
  - G) Otro: especifique
17. Considera que el Poder Ejecutivo o el Legislativo al momento de la promulgación de leyes penales y sus decisiones solo responden a aspectos coyunturales (del momento), mas no de verdaderas políticas criminales.
- A) Sí.
  - B) No.
  - C) No, porque el Estado responde a los criminales con penas duras.
  - D) Otro: especifique
18. Considera que el Poder Judicial realmente tiene autonomía e independencia al momento de decidir sus políticas y sobre el juzgamiento de los casos.
- A) Sí.
  - B) No.
  - C) Otro: especifique.

19. Cree Ud. que con la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal, la situación de la carga procesal y la percepción de la sociedad en el ámbito penal cambiará drásticamente.

A) Sí.

B) No.

C) Solo la mitigará, porque todo es un problema del sistema de justicia, de sus operadores.

D) Otro: especifique.